

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**A PERSONALIDADE JURÍDICA NO AMBIENTE DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Leonardo Antônio Galvani de Souza

Belo Horizonte
2009

Leonardo Antônio Galvani de Souza

**A PERSONALIDADE JURÍDICA NO AMBIENTE DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais, como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza

Belo Horizonte
2009

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S729p	Souza, Leonardo Antônio Galvani de A personalidade jurídica no ambiente do estado democrático de direito / Leonardo Antônio Galvani de Souza. Belo Horizonte, 2009. 127f. Orientador: Adriano Stanley Rocha Souza Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. 1. Direito civil. 2. Direito constitucional. 3. Dignidade. 4. Direitos fundamentais. 5. Personalidade (Direito). 6. Direitos da personalidade. I. Souza, Adriano Stanley Rocha. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título. CDU: 342.721
-------	---

Leonardo Antônio Galvani de Souza

**A PERSONALIDADE JURÍDICA NO AMBIENTE DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais, como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em
Direito.

Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza (Orientador) – PUC Minas

Prof.^a Dr.^a Taisa Maria Macena de Lima (PUC Minas)

Prof. Dr. Jean Carlos Fernandes (Newton de Paiva)

Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro (PUC Minas) - Suplente

Belo Horizonte, 14 de maio de 2009.

***“O nível de uma ciência determina-se
pela sua capacidade de sofrer uma crise
em seus conceitos fundamentais.”***

Martin Heidegger

RESUMO

O presente trabalho visita o instituto da personalidade jurídica, delineada, no Código Civil de 2002, nos mesmos moldes do Código de 1916. Identifica crise no instituto posto que a pessoa que ora trafega nas relações jusprivadas não é a mesma concebida para o ambiente do Estado liberal. Portanto, propõe nova classificação para a pessoa em Direito, para que ela possa se aparelhar adequadamente e juridicamente trafegar pelo ambiente marcado pelo Estado democrático de Direito, fazendo valer sua tutela em face de sua dignidade, tendo em vista, ainda, o parâmetro da pluralidade social ou individual. Tal se deve diante do fato de que a Constituição e diplomas jurídicos privados estipulam uma enorme gama de posições jurídicas que tutelam a pessoa, mas esta, se não estiver equipada para receber o imanente influxo dessas normas, nunca poderá fazer valer na plenitude e com eficácia a defesa de seus interesses, sobretudo dos existenciais. O método de pesquisa empregado foi o da revisão bibliográfica e os resultados colhidos apontam na necessidade de se reposicionar e redimensionar o entendimento que se faz da pessoa diante do direito civil, para entendê-la, sobretudo, como uma pessoa constitucionalizada e inexoravelmente detentora de situações subjetivas construídas na faticidade, contudo delineadas a partir dos enunciados normativos que estipulam direitos fundamentais e direitos da personalidade.

PALAVRAS CHAVE:

Personalidade. Direito civil-constitucional. Dignidade. Direitos fundamentais. Direitos da personalidade. Situações subjetivas.

RÉSUMÉ

Le présent travail vise l'institut de la personnalité juridique, délinéé, dans le Code Civil de 2002, sur le même modèle du Code de 1916. Il identifie la crise de l'institut, vu que la personne que circule dans les relations de Droit privé n'est pas celle conçue pour l'environnement de l'État libéral. Donc, il propose une nouvelle classification de la personne en Droit pour qu'elle puisse s'apprêter adéquatement et juridiquement circuler dans un environnement marqué par l'État démocratique de droit, en se servant de sa tutelle vis-à-vis de sa dignité, ayant en vue, également, le paramètre de la pluralité sociale ou individuelle. Tout cela se doit au fait que la Constitution et les diplômes juridiques privés stipulent une énorme gamme de positions juridiques qui régissent la personne, mais si celle-ci n'est pas bien apprêtée pour recevoir l'immanent afflux de ces normes, elle ne pourra jamais faire valoir totale et efficacement la défense de ses intérêts, surtout les existentiels. La méthode de recherche employée a été la révision bibliographique et les résultats obtenus révèlent la nécessité de se repositionner et redimensionner l'idée de la personne face au droit civil, pour la comprendre, surtout, en tant que personne constitutionalisée et inexorablement détentrice de situations subjectives construites sur la facticité, pourtant délinéées à partir des énoncés normatifs qui stipulent des droits fondamentaux et des droits de la personnalité.

Mots-clé:

Personnalité. Droit civil-constitutionnel. Dignité. Droits fondamentaux. Droits de la personnalité. Situations subjectives.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PESSOA HUMANA E PERSONALIDADE JURÍDICA	13
2.1 Aspectos clássicos da personalidade jurídica e seus efeitos nas relações jurídicas hodiernas: do direito grego a Kelsen	15
2.2 Pessoa humana e personalidade jurídica no paradigma do Estado democrático de Direito.....	24
2.3 Formulação filosófica e jurídica da dignidade humana	28
2.4 A pessoa em direito e a analítica existencial de Martin Heidegger.....	37
2.5 A pessoa humana como centro do ordenamento jurídico e sua tutela desde a Constituição Federal de 1988.....	50
2.6 Considerações finais	53
3 DIREITOS ESSENCIAIS.....	55
3.1 Direitos da personalidade.....	55
3.1.1 <i>Objeto dos direitos da personalidade</i>	59
3.2 Personalidade jurídica e direitos da personalidade	60
3.3 Direitos fundamentais e relações jurídicas privadas	64
3.3.1 <i>O direito civil-constitucional</i>	65
3.3.2 <i>“Drittwirkung der grundrecht”</i>	69
3.3.2.1 <i>Teoria da eficácia direta ou imediata</i>	74
3.3.2.2 <i>Teoria da eficácia indireta ou mediata</i>	76
4 RELAÇÕES E SITUAÇÕES JURÍDICAS	80
4.1 A relação jurídica no ambiente do Estado liberal.....	80
4.2 As situações jurídicas.....	83
4.2.1 <i>Direito subjetivo, obrigação e dever jurídicos</i>	86
4.2.2 <i>Direito potestativo e estado de sujeição</i>	91
4.2.3 <i>Direitos-deveres e o interesse legítimo</i>	92
4.2.4 <i>Faculdades e expectativas</i>	93
4.2.5 <i>O status segundo Perlingieri</i>	95
4.2.6 <i>Ônus e encargos</i>	96
4.3 A relação jurídica privada no âmbito do Estado democrático de Direito	97
4.4 O papel dos princípios e regras.....	99
4.4.1 <i>As cláusulas gerais do direito privado</i>	103

4.4.1.1 Autonomia privada e contrato.....	106
4.4.1.2 A boa-fé objetiva e a situação subjetiva.....	109
5 CONCLUSÃO	114
6 REFERÊNCIAS.....	118

1 INTRODUÇÃO

Qualquer acontecimento jurídico que se estude acerca da pessoa humana deve ser previamente filtrado pela Constituição Federal. A tutela jurídica do ser humano faz acontecer o texto da Lei Maior, posto que norteia toda a construção, distribuição e aplicação do Direito. Várias normas jurídicas essenciais às pessoas estão ali petrificadas. Algumas delas integram o existir de todo e qualquer indivíduo, obrigando-o para consigo mesmo, para com o *alter*, para com a sociedade, ou ainda entregando-lhes permissões de comportamento, prerrogativas, monopólios de exploração; inexoráveis e imanentes. Tratam-se dos direitos fundamentais corporificados na Constituição. Todo ser é humano incondicionalmente titular de várias das situações jurídicas dali alavancadas.

No ambiente marcado pelo Estado liberal, o direito público não irritava o direito privado, como ocorre presentemente. No modelo burguês, o Estado organizou-se politicamente, garantiu suas fronteiras e tratou da segurança pública e da ordem interna, garantindo pacificação social. O direito público se mostrava para a pessoa através de uma relação de subordinação entre Estado e cidadão. Ao direito civil coube a regulação da sociedade em seu aspecto horizontal, ou seja, aquele que se refere às relações praticadas entre cidadão e cidadão e a organização da sociedade civil. O catálogo legal de um deles não influía na condução das coisas do outro.¹

Para solucionar o problema da legitimidade criadora do Direito, no momento anterior ao do Estado liberal, atribuída aos deuses e a fatores metafísicos, esse novo Direito, surgido a partir das revoluções burguesas, passou a ser positivado pelos

¹ Na virada do Estado constitucional liberal no paradigma do *Ancien Régime*, a pessoa recebeu do novo modelo de Estado a primeira onda geracional de direitos fundamentais, que a protegeu dos desmandos do próprio Estado. Os reflexos patrimoniais de ideais iluministas impregnam a elaboração legislativa da tutela dos interesses pessoais. Essa pessoa institucionalizada no centro da vida privada, da qual o código civil era o onipotente e centralizador diploma jurídico, ingressa, então, no sistema do direito privado como o titular de direitos e obrigações que seriam adquiridos ou contraídos com outras pessoas. A centralidade do código civil como ordenador soberano do universo jusprivado não recebera qualquer influência do direito público, notadamente do direito constitucional. A Constituição situava-se na esfera do sistema político, pois era encarada como o documento criador do Estado. Para tanto, todas as pessoas humanas que poderiam penetrar nesse circuito de relações jurídicas deveriam sustentar um *status* ostensivo pelo qual seu ingresso estaria garantido. Era a formatada igualdade formal: todas as pessoas humanas (e jurídicas) serão pessoas em Direito. Com isso, ultrapassou-se em definitivo o sistema patronal escravista que impregnara a prática social durante todo o período clássico.

representantes dos próprios cidadãos. Muitos dos preceitos normativos correntes e presentes na sociedade foram positivados. Práticas seculares, institutos perenes, como o casamento, a propriedade privada, a disciplina do contratar passaram a integrar os catálogos normativos.

O código civil assumiu o papel de “constituição” do direito civil e foi o diploma legal responsável por conceituar a pessoa para o Direito, pois era estritamente no âmbito das relações interindividuais que a pessoa interessava ao direito privado. A pessoa, então, foi determinada apenas para o horizonte de interpretação próprio do paradigma liberal, de cunho manifestamente patrimonial, patriarcal e fundado na propriedade privada. A pessoa em “Direito” retratada na codificação cível era a “pessoa de direito civil”.

No modelo do Estado democrático de Direito, o ser humano passou a fundamentar a República tal como já o fazia a propriedade privada de fôto liberal. Agora, todas as pessoas, além de igualmente cidadãos do Estado, estão a titularizar uma série de situações jurídicas cujas normas definidoras vem diretamente da Constituição Federal. O direito público passou a irritar e interferir na confecção, distribuição e aplicação do direito civil.

O instituto da personalidade jurídica entrou em crise. A pessoa em direito confeccionada para o modelo liberal não se adaptou ao modelo inaugurado pelo Estado democrático de Direito. Ela permaneceu engessada ao Código Civil, enquanto deveria transitar livremente por todo e qualquer diploma jurídico definidor de seus direitos essenciais, para que, de forma eficaz e perene, fosse efetivado o fundamento republicano de tutela do ser humano, por sua dignidade.

A pessoa se insere num complexo sistema de direito cujas estruturas internas são determinadas em face da tutela incondicional do ser humano diante do reconhecimento da pluralidade social e individual de seus súditos-cidadãos, tudo articulado desde a Constituição Federal até os vários microssistemas do direito privado. Contudo, o propósito que marca o Estado democrático de Direito, na contemporaneidade, fica prejudicado porquanto a pessoa em direito – pessoa jusprivada – não tem aparelhamento próprio para trafegar pelas extensas, largas vias de acesso que foram edificadas entre a Lei Ápice e o ordenamento jusprivado.

Diante desse quadro problemático, propõe o presente trabalho que o conceito de pessoa em direito, delineado no art. 1º do Código Civil Brasileiro, ou seja, da personalidade jurídica, deve ser revisitado, revisto e reestruturado, para que seja

conveniente e adequado ao paradigma inaugurado pelo Estado democrático de Direito. Isto porque a pessoa em direito deve ser entalhada de acordo com o modelo no qual se encontra inserida, para que se lhe efetive a tutela própria e respectiva, de acordo com o momento histórico, econômico e paradigmático vivenciado. Trata-se de adequar a pessoa liberalmente construída às atuais vicissitudes do Estado democrático de Direito.

Assim, outro padrão hermenêutico afeto à pessoa humana se forma, já que esse ser humano dado que existe a partir de 1988 não é mesma de 1916 ou de 1824. Ele precisa ingressar de modo próprio nesse universo jurídico, entendido como um todo complexo de normas jurídicas que obrigam, tutelam, oneram ou protegem essa pessoa, em face da posição jurídica que desempenha. A pessoa em direito, que outrora trafegava basicamente no cenário jurídico privado através das regras de direito civil e comercial, hodiernamente flutua e transpassa pela Constituição e por diversos outros diplomas jurídicos ordinários, de caráter público ou privado. Enunciados normativos, por outro lado, proveem abertura semântica necessária para que os interesses jurídicos, patrimoniais e existenciais da pessoa sejam todos tutelados, tudo vertendo de e para a sua dignidade. Portanto, objetiva-se, neste trabalho, construir esse novo entender da personalidade jurídica, entregando ao Direito uma pré-compreensão do que será a pessoa em direito no ambiente do Estado democrático de Direito.

Para tanto, a pesquisa faz, em seu segundo capítulo, uma digressão histórica da pessoa para o Direito, desde os gregos, passando por Roma, até os presentes dias. Procura mostrar que a noção de personalidade jurídica se imbrica com a de capacidade jurídica e que o positivismo, sobretudo em Kelsen, desumanizou o direito e reduziu a pessoa a um mero conceito-suporte de normas jurídicas que visam à circulação e à acumulação patrimonial. Propõe, a partir da obra de António Menezes Cordeiro e de Martin Heidegger, a reestruturação do instituto e estipula um aporte dogmático e fundamentá-lo.

O capítulo terceiro analisa os direitos essenciais que a pessoa com a personalidade jurídica dilatada apreende do direto objetivo privado e público, bem como esses direitos impregnam sua existência. Além disso, analisa-se a influência dos direitos fundamentais no tráfego jurídico privado.

O quarto capítulo, à guisa de provar a sustentabilidade da conceituação e fundamentação propostas, analisa o ambiente jusprivado das relações jurídicas

interpessoais, ou seja, no campo das obrigações, donde se perquirem as cláusulas gerais como o mecanismo jurídico que permite à pessoa transitar do Código Civil Brasileiro à Constituição. Desenvolve-se, ainda, um estudo das relações jurídicas como relacionamento entre situações subjetivas, bem como as categorias normativas que formatam essas situações, de modo a permitir que a pessoa seja tutelada tanto em face de seus interesses patrimoniais quanto existenciais.

A pesquisa limitou-se a discutir a novação sobre a personalidade jurídica tendo em vista tão somente a pessoa humana. Um estudo da pessoa jurídica e dos entes despersonalizados necessitaria de outras pesquisas, próprias e complexas, que merecem maior cuidado. Dada, ainda, a necessidade de precisa delimitação do tema proposto, excluem-se do apreço da presente pesquisa perquirições sobre o início e fim da personalidade jurídica, assuntos que também demandam um estudo próprio, dada a seriedade e complexidade desses temas.

Metodologicamente, empregou-se a técnica da revisão bibliográfica. Foi de contribuição decisiva a obra *Ser e tempo*, de Martin Heidegger (2008a, 2008b); *Tratado de direito civil português*, de António Menezes Cordeiro (2005); *Perfis do direito civil*, de Pietro Perlingieri (2002); sendo ainda decisiva a contribuição de Luhmann (1983, 1985), Dworkin (2002), Kant (1991, 2003), Descartes (1999), Kelsen (2003), dentre vários outros de notória reputação e influência.

2 PESSOA HUMANA E PERSONALIDADE JURÍDICA

Como um todo vivo, orgânico e complexo, a Pessoa em direito resiste à dissecação; as incontáveis partes de sua composição podem e devem ser distinguidas, mas não separadas e muito menos isoladas. No complexo orgânico, diferentemente do complexo mecânico, as partes componentes só têm existência e sentido enquanto partes de um todo, ou seja, somente enquanto vinculadas a todas as demais partes, formando um complexo orgânico, um todo indiviso e indivisível, não um complexo mecânico, em que as partes componentes, por si, têm circunstancialmente ligadas umas às outras, em vista de uma função ou de uma atividade conjunta, só pode ser explicada e compreendida como um todo. (BARBOSA, 2006, p. 409).

A pessoa ambientalizada no paradigma do Estado liberal, que se firmou no cenário jurídico a partir de uma construção racional reducionista cartesiana, vivia sob um sistema jurídico bipartido. Enquanto o direito público, afeto à manutenção da ordem pública, tratava das relações jurídicas verticais, as estabelecidas entre Estado e cidadão, o direito civil e o comercial regulavam interesses privados, cristalizados, sobretudo em direitos subjetivos de propriedade e de crédito. O processo de codificação segregou o Direito em diversas matérias específicas que foram perenizadas nos códigos, reduzindo a ciência jurídica a regras estatizadas que eram efetivadas, quando aplicadas ao caso concreto, através do método da subsunção. As proposições que diziam a verdade daquele caso concreto de modo a regulamentá-lo já estavam, de antemão, formuladas. O fato revelado na resolução do problema jurídico já estava previamente dito. Assim, o Direito (público e privado) corrigia comportamentos flutuantes tidos como ilícitos a partir de proposições previamente estipuladas – as regras jurídicas.

Em pleno momento de positivação do Direito, o fim do regime escravocrata determinou que todas as pessoas passassem a ser consideradas seres humanos livres e com capacidade de direito aperfeiçoada, em face do paradigma anterior. Se, no estágio pregresso, havia a sujeição pessoal-servil de uma pessoa sobre outra no estrito ambiente jusprivado, com a virada do modelo de Estado liberal-constitucional, servos e não servos passaram a sustentar certa situação de igualdade, porquanto todos cidadãos estavam sujeitos à latência estatal num ambiente público.

Expõe Orlando Gomes (2004) que pelo princípio da imputação seriam atribuídas, em face de determinadas condutas, estatizadas conseqüências

traduzidas como sanções jurídicas. Nesse diapasão, todo homem biológico ingressou no subsistema do Direito (público-penal, pois eram todos súditos do Estado) e passou a responder juridicamente pelos seus atos. Na ordem privada, sublimou-se o conceito ainda hoje utilizado de personalidade jurídica, como aquele que entende a pessoa pelas obrigações e direitos que contrai (ou que pode contrair) na ordem civil.

Contudo, diferenças gritantes cercavam essas pessoas que eram iguais apenas perante aquele Estado, para o qual o indivíduo ou era cidadão, ou estrangeiro. No âmbito interpessoal, sobressaltaram-se diferenças tamanhas de gênero, credo, cor, intelecto e de ordem econômica. O Direito privado enfatizou, sobretudo, o aspecto patrimonial e, com menos afínco, o religioso das relações interpessoais, quando apropriou-se do método eclesiástico de controle dos fiéis e positivou sacramentos católicos, e promoveu, assim, uma interconexão sistêmica com o mundo da religião oficial, como meio de regular juridicamente a moral das pessoas nas poucas situações existenciais de que tratou, *v.g.*, como ocorreu com os deveres inerentes ao casamento. Tratou, sim, de garantir a preservação dos meios de produção pessoal conquistados desde as revoluções burguesas.

O princípio da imputação geral das normas jurídicas estendeu-se a todas as matérias jurídicas, com muita ênfase nas matérias de direito penal. No caso específico do direito civil, o princípio da imputação se estruturou com base na definição de personalidade jurídica carregada no cêntrico código civil e dogmatizou a pessoa como aquele que pode adquirir direitos e obrigações na órbita da sociedade civil. Todos poderiam ingressar no tráfego jurídico privado para contrair as obrigações e os direitos subjetivos estatuídos naqueles códigos respectivos que integravam todo o direito objetivo de cunho privatista. Fácil notar que o instituto sob comento foi proposto pelo e para aquele contemporizado direito civil, ou privado, apenas. Nesse sentido, Bevilacqua afirmou que a personalidade jurídica seria “o conjunto dos direitos actuaes ou meramente possíveis, e das faculdades jurídicas atribuídas a um ser.” (BEVILAQUA, 1999, p. 79).

A pessoa passa a interessar ao direito civil e nele ingressar apenas no momento em que realizava um ato ou fato jurídico de cunho patrimonial, porque é ela o suporte de normas jurídicas desta estirpe. Conceituou-se a pessoa como “o ser a que se atribuem direitos e obrigações. Personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações.”

(BEVILAQUA, 1999, p. 80).

O idealizador do Código Civil Brasileiro de 1916 determinou ser imprescindível a idéia de personalidade jurídica para o direito privado, traduzindo-a nos moldes da pandectícia alemã, como “uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica.” (BEVILAQUA, 1999, p. 81).

Esse é o panorama que se estuda e critica com o fito de superá-lo em prol de um entendimento da personalidade jurídica que seja compatível com a universalidade plural de tutela da pessoa no ambiente do Estado democrático de Direito.

Mas não se pode esquecer que esse conjunto de direitos atuais e possíveis, bem como das faculdades jurídicas de que fala Bevilaqua eram estritamente os definidos no Código Civil que contemplavam especificamente o aspecto patrimonial das pessoas.

2.1 Aspectos clássicos da personalidade jurídica e seus efeitos nas relações jurídicas hodiernas: do direito grego a Kelsen

Nas culturas antigas, poucos subsistemas parciais, como é o caso da religião, da economia, do direito² bastavam à tarefa de pacificar expectativas e comportamentos praticados em sociedade. Desde as sociedades pouco complexas³,

² Para Luhmann, a sociedade é entendida como o ambiente (sistema) que é pacificado por diversos subsistemas sociais, como o religioso, o econômico, o do direito. Esse último exerce papel decisivo na estabilização social, na medida em que se verifica ser “necessário assegurar ao indivíduo possibilidades abstratamente calculáveis, cuja previsibilidade se mantenha também em um ambiente social de crescente complexificação [...]” (1983, p. 28). Testifica o autor que num elevado nível de complexidade social, que se reflete diretamente na multiplicidade oferecida de opções de escolha de possibilidades e de bens necessários para satisfação das necessidades (pluralidade social), é maior o nível da atuação dos sistemas que tentam disciplinar o ambiente, a pacificá-lo. “Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas. [...] Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.” (1983, p. 45-46).

³ Luhmann define complexidade como “a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido.” (1983, p. 12). Esclarece o autor que a complexidade de um campo de possibilidades pode tanto ser grande ou pequena, quanto, ainda, estruturada ou desestruturada. Quando estruturadas, “é exatamente a exclusão estratégica de possibilidades que, vista em termos evolutivos, constitui o meio para a construção de ordenamentos

precipitou-se a racionalidade como qualidade inerente ao Homem. Taylor (2005) expõe a tese de que aquele homem cujo mundo fosse guiado pela razão, domesticaria suas paixões e autopromoveria paz na alma. A razão, portanto, seria a guia da vida para o bem. Em suma, a substituição da emoção pela razão na condução das coisas da vida veio a contribuir para adoção dessa última como fundamento para a ação humana moralmente correta.

Com o correr dos séculos, muitos começaram a julgar evidente por si mesmos que o pensamento/razão ordena nossa vida para o bem, ou ordenaria se a paixão não o impedisse. [...] Considerar algo racionalmente, é adotar uma atitude desapassionada em relação a isso. É, ao mesmo tempo, ver claramente o que precisa ser feito e estar calmo e auto-controlado e, assim, ter condições de pôr a decisão em prática. A razão é, simultaneamente, a capacidade de ver as coisas corretamente e um estado de autodomínio. Na verdade, ser racional é ser senhor de si mesmo. (TAYLOR, 2005, p. 156-157).

Para Taylor (2005), Platão propôs a doutrina definidora da tradição racional do homem, do ente que se autodomina através de uma ética da razão e da reflexão, os quais ganham, inclusive, maior destaque do que a ação. A pessoa humana desvelou-se como o animal racional. Taylor observa que “ser governado pela razão significa ter a própria vida moldada por uma ordem racional preexistente que a pessoa conhece e ama.” (2005, p. 166).

O ambiente social desde o mundo antigo evolui, então, a um estado de racionalidade consagrado, sobremaneira, através do sistema jurídico. São características próprias dessa racionalização, estruturação e sistematização do Direito, na época clássica, a “constituição de papéis [sociais, como o dos juízes] [...] e o desenvolvimento de uma especializada estrutura processual, responsável pela decisão do direito”. (LUHMANN, 1983, p. 205). A racionalidade baseada em instâncias e processos revelou-se como “condição necessária para a realização da convivência entre pessoas livres de uma forma juridicamente sustentável, [...]” (LUHMANN, 1983, p. 204). A personalidade jurídica, muito confundida com capacidade jurídica, era definida de acordo com o grau de liberdade que a pessoa

mais elevados, que não podem consentir com toda e qualquer possibilidade, mais, exatamente, por isso, garantindo sua heterogeneidade.” (1983, p. 13). Para o autor sob comento o Direito é a estrutura do sistema social e tem por função regular a complexidade do próprio sistema. Os “sistemas simples, [...] as sociedades simples possuem um [subsistema] direito tradicionalmente determinado, concebidos em termos relativamente concretos, como ocorreu com a sociedade védica castificada, ou nas que se sustentavam no parentesco, na vingança privada (princípio do Talião), na instância não institucionalizada dos processos decisórios.” (p. 14).

detinha, o que refletia no fundamento do *status* social subjetivo da época. Na antiguidade clássica, as pessoas ou eram livres ou eram não-livres, ou ainda pseudo-livres. No mundo antigo, vigorou um sistema patronal no qual a pessoa poderia perder sua liberdade e passar a sustentar uma situação de servo.

Curiosamente, observa Jhering (2002), clássico romanista, sobre a relação entre escravismo e personalidade jurídica, que tal sistema houve em solucionar, “pela primeira vez o problema de uma coexistência entre o poderoso e o fraco, entre o vencedor e o vencido.” (p. 170)⁴. A pessoa do escravo, um derrotado e subjugado pelo respectivo senhor, se sujeitou ao senhorio a ponto de perder a autonomia de ação, da condução de sua vida. Disso resulta que apenas algumas pessoas, as livres, possuíam vigor para obrar validade jurídica. Desde Atenas e Roma, que a edificação do direito privado se estruturou sobre essa noção de capacidade jurídica. O reconhecimento social da faculdade do obrar jurídico e/ou do estado de homem livre incrementou-lhe personificação jurídica. Todos possuíam uma personificação pessoal, biológica, religiosa e social e alguns possuíam a personificação (capacidade) jurídica. O servo, por sua vez, permitia o subjugar do outro, porque fora vencido ou castigado.

No **direito grego**, v.g. em Atenas, apenas os respectivos cidadãos atenienses eram considerados pessoas com capacidade de direito⁵. Escravos, servos⁶ eram naturalmente entendidos como entes diferentes. Esse modelo atribuía, conforme

⁴ “O primeiro passo nessa linha [do humanitarismo] foi a escravidão. O vencedor que, ao invés de assassinar o adversário abatido o deixa viver, faz isso por haver entendido que um escravo vivo é melhor que um inimigo morto. Assim, poupou-o pela mesma razão por que o proprietário o faz em relação ao animal doméstico. O *servare* do *servus* ocorria pela finalidade de *servire*. Entretanto, embora o motivo tenha sido puramente egoístico, de qualquer forma louvado o egoísmo, que reconheceu o valor da vida humana e que, ao invés de destruí-la em selvagem ira, teve autodomínio suficiente para conservá-la para si e, com isso, para a humanidade. O reconhecimento do valor econômico da vida humana foi o primeiro indício de humanitarismo na história. Os romanos chamam o escravo de *homo*, [isto é], o homem, que outra coisa não é senão homem, i.e., animal, rês para o trabalho, não sujeito de direito (*persona*) – pois que como tal só se concebe o cidadão – mas este *homo* já assinalava a elevação da humanidade ao humanitarismo, [...]” (JHERING, 2002, p. 170).

⁵ Capacidade jurídica – elucida Barbosa (2006, p. 591) –, no “contexto da concepção normativista do Direito, é *qualitas juris* melhor referida à subjetividade jurídica do que à personalidade jurídica, como medida ou extensão dos poderes garantidos pelo ordenamento jurídico a todos os sujeitos jurídicos, que sejam ou não pessoas.” “Enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é a projeção desse valor que se traduz em um *quantum*. Capacidade, de *capax* (que contém), liga-se à idéia de quantidade e, portanto, à possibilidade de medida e de graduação. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa.” (AMARAL, 2006, p. 218).

⁶ Comparada às democracias modernas, a constituição de Atenas é pouco democrática; os escravos não eram pessoas, por conseguinte não titularizavam nenhum direito, nem político, nem civil; os metecos (estrangeiros instalados na cidade) tinham muito menos direitos que os cidadãos, ou seja, detinham personalidade jurídica, porém capacidade reduzida. “Na cidade de Atenas havia cerca de 40.000 cidadãos – outros dizem 6.000 – porém, centenas de milhares de metecos e escravos.” (GILISSEN, 2001, p. 74).

Orlando Gomes (2004), a autoria da lei a uma entidade transcendente, que tinha nos deuses, o que a legitimava, assim como ocorria ao exercício e à distribuição social do poder. Já o direito privado possuiu, segundo Gilissen (2001), cunho marcadamente individualista ao ponto de permitir ao cidadão o livre dispor da sua pessoa e dos seus bens. Assim, o próprio homem poderia ser objeto de relações jurídicas; sendo tratado, pois, como coisa.

O princípio da personalidade jurídica era aplicado, então, “nas relações mantidas entre os cidadãos e, principalmente, nas relações mantidas com pessoas de outra cidade-estado e com os estrangeiros [...]” (SZANIAWSKI, 2005, p. 24). Era um algo dado pela cidade-estado, ou seja, era um qualificador que determinava quais homens vestiriam o manto das pessoas de direito, por meio do qual se tornariam aptas a ingressarem no cenário jurídico.

Já o **direito romano**, no que tange ao tratamento da personalidade jurídica, mostrou-se mais evoluído que a prática grega. Verifica-se que a doutrina costumeira coloca que o escravo era mera *res*⁷. Szaniawski (2005) corrige tais expressões para afirmar que toda pessoa humana em Roma possuía personalidade jurídica que, por seu turno, “não decorria da lei nem esta lhe servia de substrato. Pelo simples fato de nascer ser humano adquiria a personalidade, possuindo-a tanto o homem livre como também o escravo.” (SZANIAWSKI, 2005, p. 31).⁸

Poletti expõe que

os romanos não lidavam com categorias abstratas, como fazem os modernos juristas. Não cogitavam, por isso, do conceito de sujeito de direito e suas conseqüências. O conceito de homem não é [...] um conceito biológico, senão jurídico. No direito moderno, o conceito de homem vem substituído pelo de sujeito de direito, inexistentes no mundo [romano] [...]. (POLETTI, 1996, p. 74).

A noção de personalidade é mais intensa e estruturada em Roma que nos

⁷Leciona Cretella Júnior: “O homem livre é um ser humano. O escravo não é ser humano. É coisa, “res”. *Servus est res*. (2003, p. 60). (Itálicos do autor).

⁸ É da letra do Digesto Justiniano: “A servidão é uma constituição do direito das gentes pela qual alguém contra a natureza é submetido ao poder alheio.” (*Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur*). (MADEIRA, 2002, p. 58). Szaniawski (2005), por seu turno, valendo-se das pesquisas de Carlos Cossio e Olis Robela descreve que “a escravidão [em Roma] deve ser visualizada não como uma negação da personalidade, mas como uma mera limitação da liberdade pessoal.” (p. 28) e que, diante da releitura dos trabalhos de Gaio, infere-se “que os atos praticados por escravos produziam efeitos no mundo jurídico, [pelo que] [...] não podem ser considerados *res* nem objetos de direitos, mas ao contrário, pessoas e sujeitos de direitos, embora tendo capacidade de direito extremamente limitada.” (2005, p. 28). Para ver mais, Elimar Szaniawski, *in* Direitos de personalidade e sua tutela, p. 28-32.

povos jônicos. O que há de se analisar, então, no paradigma romano diz respeito à capacidade para o exercício da personalidade jurídica. Como aduz Szaniawski, “apenas os cidadãos romanos possuíam capacidade plena.” (2005, p. 36). Os *latini* (habitantes das colônias romanas) – relata o autor –, os *peregrini* (estrangeiros), os demais componentes de uma família que não o *paterfamilis*, ou seja, os filhos, a mulher e, por fim, os escravos: todos, pessoas em Direito, tinham capacidade jurídica reduzida. A personalidade jurídica era algo entregue a todos indistintamente, desde que separado do ventre materno. Contudo, a extensão desse poder de agir juridicamente conferido pela personalidade jurídica era determinada segundo o estado individual de cada uma das pessoas, de cada indivíduo.

Mesmo com a introdução, a partir de **Agostinho**⁹, de crescentes ideais cristãos¹⁰ no mundo do direito romanizado, o teor do entendimento que se fazia sobre a personalidade jurídica avançou inalterável até o início do período moderno.

Em **Descartes**, o ser racional que aprendera a se enxergar do ponto de vista de primeira pessoa e que tinha em Deus um *locus* superior e comum que define o bem, usa, agora, de uma razão que consiste no apreender por meio do método reducionista/mecanicista.¹¹ Taylor (2005), comentando Descartes, aponta que o

⁹ A partir da base filosófica dos gregos e das criações do direito romano, Agostinho introduziu na pessoa a idéia de uma luz interior a maior que a racionalidade que já a impregnara. Nasceu, segundo a descrição de Marías (1959), no ano de 354 da Era Cristã, em Tégaste (perto de Cartago), na África romanizada e cristianizada. “Adapta [...] dos gregos as necessidades filosóficas da dogmática cristã” (p. 128), promovendo, destarte, o primeiro contato estrutural entre ambas. Colocando a pessoa humana como uma “criatura com um ponto de vista de primeira pessoa” (TAYLOR, 2005, p. 174), introduz a “noção de que a perspectiva do “eu penso” localiza-se, de certa maneira, fora do mundo das coisas que experimentamos.” (TAYLOR, 2005, p. 175). Tal revela ao homem a “intimidade da auto-presença” (TAYLOR, 2005, p. 185). “Em Platão, o ponto de partida são as coisas: Santo Agostinho, em troca, apóia-se sobretudo na alma, como realidade íntima, naquilo que chama o homem interior.” (MARÍAS, 1959, p. 129). O homem de Platão, racional, interioriza-se. Descobre-se, agora, como o ser racional que está presente para si mesmo. Desta forma, Agostinho “procura mostrar a seu interlocutor que existe algo mais elevado que nossa razão, que, por isso, merece ser chamado de Deus [...]. A prova baseia-se na percepção de que a razão reconhece a existência de uma vontade que lhe serve de critério, isto é, de um modelo ao qual ela se conforma, que não foi construído por ela, mas está além dela e é comum a todos.” (TAYLOR, 2005, p. 175).

¹⁰ Robles (2005) manifesta sobre a relevância do cristianismo para a construção do conteúdo moderno da pessoa no mundo ocidental. “A história do ocidente é inseparável da história do cristianismo.” (2005, p. 55). Assevera o autor espanhol que “o ocidente se alimentou e vem se alimentando da seiva proporcionada pela religião cristã.” (2005, p.55). Todavia, alerta que não é o cristianismo a única raiz da civilização ocidental. Junto “a ela devem ser mencionadas, dentre outros, a filosófica, de origem grega, e o direito, de origem romana.” (ROBLES, 2005, p. 55-56). Nascimento (2004) também comenta sobre a influência do pensamento cristão e sua contribuição na abertura de portas para as possibilidades da pessoa. “A partir de uma igualdade perante Deus, o cristianismo conferiu a todo ser humano a categoria de ser pensante, diferente do ser fabricante. [...] A primeira realidade [para o homem cristão] é a autoconsciência. Nesta auto-gnose revela-se o homem a essência de si mesmo.” (NASCIMENTO, 2004, p. 36). Orlando Gomes (2004) completa e relata que São Tomás define justiça como efetivação da igualdade entre as pessoas.

¹¹ Abbagnano (1998) ministra que se entende por explicação mecanicista a que utiliza exclusivamente

homem cartesiano resolve seus problemas dividindo-os em quantas partes forem possíveis, numa forma tal que lhe pareçam mais apropriadas para melhor resolvê-los. Mesmo os pensamentos, para serem conduzidos em ordem, deveriam construir-se do mais simples ao mais complexo.¹² Na obra cartesiana, o “autodomínio consiste em que nossa vida seja moldada pelas ordens que nossa capacidade de raciocínio construir de acordo com padrões apropriados” (TAYLOR, 2005, p. 19), pois, “para Descartes, racionalidade significa pensar de acordo com certos cânones.” (TAYLOR, 2005, p. 206).

Em diapasão equivalente **Jhering** (2002) estrutura o direito segundo a tendência cartesiana professada naquela época. Seu mecanicismo jurídico, como anota Barbosa (2006), compara a sociedade do séc. XIX a uma poderosa máquina¹³ que se põe em movimento para dirigir a vontade a seus fins. O Direito, na visão do autor, “não seria nada mais nada menos do que uma parte ou um equipamento dessa complicada máquina da vida social [...]” (BARBOSA, 2006, p. 54). Como o

o movimento dos corpos, entendido no sentido restrito de movimento espacial. Assim, essa teoria, surgida a partir das grades descobertas da Física mecânica de Newton, Bacon, Euclides, Descartes, tenta explicar todos os fenômenos e obras da natureza como se fossem obras mecânicas ou como se fossem máquinas, observa Barbosa (2006). “Como concepção filosófica do mundo, o mecanicismo apresentou-se desde a antiguidade como atomismo. A concepção do mundo como um sistema de corpos em movimento como uma grande máquina, é típica do atomismo antigo.” (ABBAGNANO, 1998, p. 654). O mecanicismo extrapolou, a partir do séc. XVIII os limites dos movimentos físicos e sua teoria ganhou ares de filosofia a fundamental, tornando-se o “princípio diretivo de todas as outras ciências naturais, inclusive da biologia, da psicologia e da sociologia [...]” (ABBAGNANO, 1998, p. 655). A tendência professada naquela época também influenciou o mundo do Direito. O mecanicismo jurídico de Jhering, como denunciado por Barbosa (2006), compara a sociedade do séc. XIX a uma poderosa máquina que se põe em movimento para dirigir a vontade a seus fins. O direito, na visão de Jhering, “não seria nada mais nada menos do que uma parte ou um equipamento dessa complicada máquina da vida social [...]” (BARBOSA, 2006, p. 54).

¹² Descartes expõe no *Discurso do método* que, em substituição ao grande número de preceitos da lógica tradicional, quatro bastariam para que ele chegasse ao conhecimento de todas as coisas que seu espírito fosse capaz. “O primeiro deles era o de nunca aceitar algo como verdadeiro que eu não conhecesse como tal; ou seja, de evitar cuidadosamente a pressa e a prevenção, e de nada fazer constar de meus juízos que não se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito que eu não tivesse motivo algum de duvidar dele. O segundo, o de repartir cada uma das dificuldades que eu analisasse em tantas parcelas quantas forem possíveis e necessárias a fim de solucioná-las. O terceiro, o de conduzir por ordem meus pensamentos, iniciando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para elevar-me, pouco a pouco, como galgando degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e presumindo até mesmo uma ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros. E o último, o de efetuar em toda parte relações metódicas tão completas e revisões tão gerais nas quais eu tivesse a certeza de nada omitir. Essas longas séries de razões, todas simples e fáceis, que os geômetras costumam utilizar para chegar às suas mais difíceis demonstrações, tinham-me dado a oportunidade de imaginar que todas as coisas com a possibilidade de serem conhecidas pelos homens seguem-se umas às outras.” (DESCARTES, 1999, p. 49-50)

¹³ “Esta é a imagem da sociedade, de tal como quotidianamente a realidade a nossos olhos coloca. Infatigavelmente se agitam, como em uma imensa máquina, milhares de cilindros, rodas, facas, umas nesta, outras em outra direção, aparentemente de todo independentes uns dos outros, como se lá não estivessem senão para si próprios, até mesmo em hostil confronto, como se quisessem exterminar-se mutuamente – e, contudo, todos operam conjuntamente, harmonicamente, para um fim, único plano regendo o todo.” (JHERING, 2002, p. 75).

mundo foi considerado um mecanismo composto de inúmeras partes e peças separáveis e independentes, por si mesmas inteligíveis, nada mais lógico que buscar explicá-lo ao molde das máquinas, ou seja, reduzindo-o analiticamente, decompondo-o em partes simples, para, daí, estudá-las a formar uma arte. O método analítico-cartesiano ocupou-se, com grande aceitação social e científica, de

decompor pensamentos e problemas em suas partes componentes, em dispô-las em sua ordem lógica. Mesmo útil ao desenvolvimento das teorias científicas, levou à fragmentação do nosso pensamento em geral e das nossas disciplinas acadêmicas, e levou à atitude generalizada do reducionismo na ciência à crença de que todos os aspectos dos fenômenos complexos poderiam ser compreendidos se reduzidos às suas partes constituintes. (CAPRA, *apud* BARBOSA, 2006, p. 57-58).

Em meio a infindáveis revoluções e evoluções tecnológicas, a sociedade foi se tornando cada vez mais complexa e contingente. Massificaram-se, também, as relações jurídicas.

A complexidade da sociedade, rapidamente crescente [...], apresenta novos problemas a todas as esferas do sentido, e portanto também ao direito. [...] Com essa modificação explosiva de possibilidades da experiência e da ação aumenta também a contingência do experimentar e do agir na sociedade. [...]. Cada sim corresponde a muitos não. (LUHMANN, 1983, p. 225-226).

Luhmann (1983) assevera, ainda, que o Direito natural sofre, no séc. XVIII, radical processo de transformação que tem por termo a “positivação da vigência do direito.” (p. 230).

Com o autor:

A matéria do antigo direito é reelaborada, codificada e colocada na forma de leis, e isso não devido à praticabilidade no uso em tribunal e à facilidade de aplicação, mas também para caracterizá-la como estatuída, modificável e de vigência condicionada, com o que (*sic*) garante-se agora a racionalidade do direito [...].” (LUHMANN, 1983, p. 230).

Navegando entre Kant e Kelsen, Travessoni Gomes (2004) explica que o homem, a partir de processo de racionalização e positivação técnica¹⁴ do direito

¹⁴ O Direito positivo do sec. XIX, sob os olhos da tradição kelseana, segundo o autor sob comento, finca toda discussão jurídica à preexistência de um postulado, de uma proposição jurídica imposta pelo Estado, porque foi elaborado sob o método reducionista. Nega, no plano de aplicação do Direito, a metafísica e assuntos alheios aos do sistema jurídico e considera justo apenas o que está prescrito nos textos legais. A intenção é evitar a interferência ideológica, política, econômica e separar “moral e direito com o objetivo de distinguir aquilo que o direito é daquilo que deve ser”. (GOMES, Travessoni,

natural, o que possibilitou a estruturação interna do sistema do direito, abandonou um estado de natureza e passou a integrar uma sociedade civil organizada.

Todavia, a construção mecanicista da sociedade pelo subsistema do Direito ao molde cartesiano reduziu a pessoa humana a uma mera partícula positivada (via códigos napoleônicos) do ordenamento jurídico privado. A noção de personalidade jurídica herdada da tradição romana acabou contemplando o homem não por sua luz interna ou por sua dignidade, mas tão somente em face das relações jurídicas materiais que praticava. Daí o *sujeito de direitos e deveres* das codificações privadas. A despeito de toda construção filosófica iluminista, moral e racional que tem seu ápice em Kant, a positivação do Direito alijou da pessoa suas concepções categóricas morais, axiológicas, históricas, psicológicas, para contemplá-la apenas como um suporte jurídico para validar as normas que agiam sobre a circulação e acumulação de riquezas através dos bens dotados de economicidade, como delineado por **Kelsen**, em sua Teoria pura do Direito¹⁵.

Em Kelsen, a pessoa em direito, seja ela física ou jurídica *strictu sensu*, nada mais é que “a unidade de um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos.” (BARBOSA, 2006, p. 122). “Os conceitos personalísticos “sujeito jurídico” e “órgão jurídico” não são conceitos necessários para a descrição do Direito. São simplesmente conceitos auxiliares que, como conceito de direito reflexo, facilitam a exposição.” (KELSEN, 2000, p. 189). Destarte, a pessoa assume a conceituação de suporte para a circulação dos bens expressos em direitos subjetivos, e tal entendimento reside “no fato de fazer a conduta dos indivíduos conteúdo de deveres e direitos. “Ser pessoa” ou ter “personalidade jurídica” é o mesmo que ter deveres

2004, p. 160). As normas preexistentes dotadas de coercibilidade são aplicadas de forma mecânica e lógica. Travessoni Gomes (2004) ressalta que a luta pelo positivismo começou ainda com os Glosadores que estudaram o Digesto Justiniano e viram a possibilidade de se estabelecerem fontes objetivas, que refletissem mais segurança que o costume, ou que a vontade do Imperador. A evolução do capitalismo, o incremento das relações de troca, a velocidade rampante com que se realizam novas e novas transações sublimaram a unificação da legislação codificando matérias conexas, como as primeiras constituições e códigos civis. A personalidade jurídica renasce, então, como a moeda de ingresso no sistema do positivismo jurídico pelos seres humanos livres em natureza.

¹⁵ “A teoria pura do direito de Hans Kelsen é uma tentativa de banir da ciência do direito todos os elementos não jurídicos. Direito e Estado devem ser entendidos como realidades puramente jurídicas, e outras disciplinas como a psicologia, sociologia e a ética devem ser banidas da ciência jurídica.” (BONDENHEIMER *apud* GOMES, Travessoni, 2004, p. 186). Conquanto à noção de norma jurídica, para Kelsen esta será “o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida, ou, especialmente, facultada no sentido de adjudicada à competência de alguém.” (GOMES, Travessoni, 2004, p. 201).

jurídicos e direitos subjetivos¹⁶. A pessoa, como “suporte” de deveres jurídicos e direitos subjetivos reflexos, não é algo diferente dos deveres jurídicos e dos direitos subjetivos dos quais ela se apresenta como portadora [...]” (KELSEN, 2000, p. 192). Portanto, tem-se

um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos cuja unidade é figurativamente expressa no conteúdo de pessoa. A pessoa é tão somente a personificação dessa unidade. [...] O que existe realmente são deveres jurídicos e direitos subjetivos tendo por conteúdo a conduta humana e que formam uma unidade. (KELSEN, 2000, p. 193).

Por fim, “a chamada pessoa física não é, portanto, um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo.” (KELSEN, 2000, p. 194).

Analizadas as premissas de Kelsen em face do paradigma liberal do direito, de cunho estritamente egocentrista e patrimonialista¹⁷, que se erigiu sobre o patamar dos direitos fundamentais de primeira geração e das primeiras codificações cíveis, em meio ao nascer do positivismo jurídico, constata-se que tais direitos e obrigações aos quais se referem eram visualizados apenas no campo do direito privado, notadamente no direito civil, no que se refere tão somente aos bens e situações patrimoniais. Não havia, como presentemente, a tutela individual e coletiva de bens jurídicos que outrora começaram a impregnar os catálogos constitucionais de direitos fundamentais e da personalidade, encerrando direitos essenciais das pessoas. Inexistia, destarte, qualquer incidência de direitos fundamentais nas relações particulares, pois eram alienígenas à norma regulamentadora da vida privada. Os direitos de personalidade ainda não haviam evoluído enquanto teoria jurídica a ponto de se densificarem em instituto jurídico autoaplicável. Sequer a

¹⁶ O direito subjetivo para Kelsen (2003) é o poder jurídico conferido a um indivíduo de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento de um dever jurídico de outro indivíduo. É, portanto, um “simples reflexo de um dever jurídico” (p. 143) de outrem. “O direito reflexo de um consiste apenas no dever do outro.” (KELSEN, 2003, p. 144). Encerra sua definição, alfim, na forma seguinte: o “direito subjetivo em sentido técnico quer dizer o poder de um indivíduo de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento de um dever jurídico em face dele existente.” (KELSEN, 2003, p. 151). Conclui-se que, se o poder jurídico de exigir judicialmente não está ligado a um direito reflexo (resultante de uma obrigação ou dever alheio), não há falar em direito subjetivo. Já o dever jurídico se posta como a conduta de um indivíduo prescrita por uma ordem social que o obriga. Seu descumprimento, geral ou individual, acarreta em sanção, ao passo que sua observância evita a sanção.

¹⁷ Jhering (2002) coaduna com esse raciocínio quando expressa que “o comércio desconhece qualquer prestígio pessoal: rico ou humilde, conhecido ou desconhecido, nacional ou estrangeiro, pouco lhe importa, pois que só leva em consideração o dinheiro. [...] Essa completa indiferença do comércio em relação à pessoa é sinônima da inteira igualdade da pessoa dentro do comércio. [...] O dinheiro é o verdadeiro apóstolo da igualdade.” (p. 161).

tutela da situação jurídica do empregado ganhou efetividade nas primeiras codificações.

Nas palavras de Barbosa, a desumanização do Direito ganha forma:

Embora o direito, em seu princípio, meio e fim, dependa essencialmente das Pessoas que o produzem incessantemente e que o concretizam em sua conduta – relação já amadurecida na consciência jurídica secular, [...] o que se constata na evolução das concepções sobre o direito é uma estranha e contraditória de e dele afastar a irradiante presença da Pessoa e, das concepções sobre a Pessoa em direito, a estranha e contraditória tendência de esvaziá-la de sua real existência. (BARBOSA, 2006, p. 233).

Diante dessa visão, a pessoa deixa de ter, ou continua desprovida de, desde os tempos romanos, para o Direito, até Kelsen, uma escala jurídica móvel para representar a dignidade interna e própria de cada um e acaba por se tornar uma engrenagem formal do direito civil.

2.2 Pessoa humana e personalidade jurídica no paradigma do Estado democrático de Direito

A classificação analítica-cartesiana denunciada trata das pessoas apenas como meras peças no mecanismo social, afastando delas a sua dignidade única, inafiançável, insubstituível. Muito além da visão mecanicista e analítica a que se acostumou o mundo do Direito, os seres humanos, da mera engrenagem apontada, são, inexoravelmente, portadores de dignidade, atualmente reconhecida e tutelada pelo Direito através das situações jurídicas existenciais que cada pessoa titulariza.

Todos os agentes racionais [...] têm uma dignidade que transcende qualquer outro ser; ou alguma outra caracterização desse tipo – e que, por conseguinte, devemos-lhe respeito. As várias culturas que restringem esse respeito fazem-no negando a descrição crucial aos que foram deixados de fora [do sistema]: julgam que estes não têm alma [dignidade], que não são plenamente racionais ou talvez sejam destinados por Deus a alguma posição inferior ou algo desse gênero. (TAYLOR, 2005, p. 18).

Todavia, como a tradição do direito civil ainda enxerga a pessoa tão somente em face dos fatos jurídicos patrimoniais que pratica por corolário de sua autonomia

privada¹⁸, restam prejudicados os demais predicados que se referem ao seu conteúdo existencial, onde assenta sua dignidade e sua humanidade. Esse foi o preço que a pessoa pagou e ainda paga por ter sido reduzida ao estado da técnica para tutela de interesses patrimoniais; daí que se autoenxergam como pessoas estritamente privadas, patrimonialistas e individualistas e não se percebem como seres existenciais inseridos em sociedade.

Para a Escola de Chicago da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) de Richard Posner, o homem é o ente maximizador racional de seus interesses.¹⁹ Os instrumentos de que se serve – explica Fonseca – a pessoa para tal, são as “noções de preço, custo, custo das oportunidades, de gravitação dos

¹⁸ Nesse ínterim, o direito civil tradicional estabelece a personalidade jurídica estritamente em seu ambiente para sustentar o fluxo aquisitivo de direitos e obrigações patrimoniais. Uma noção multidisciplinar da personalidade jurídica só será possível a partir do Estado social, quando pereniza direitos sociais individuais, mediante o reconhecimento jurídico, no plano interno, de efeitos à declaração dos direitos do homem de 1948 e da constitucionalização do direito civil. “O Código Civil Brasileiro de 1916 foi elaborado exatamente sob a égide desta filosofia de Estado liberal, em um momento histórico em que se destacava a preocupação com o capital, com o privado.” (SOUZA, 2005, p. 13). Dada a força das tradições liberais capitalistas acumuladoras de riquezas, persiste ainda na praxe jurídica a visão tradicional sobre o tema, pela qual “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” (BRASIL, 2002). Essa era, no sec. XIX, a orientação de Bevilacqua: “Pessoa natural é o homem considerado como sujeito de direitos e obrigações.” (1999, p. 84). Mesmo a doutrina atual se prende ao conceito limitador. Gagliano e Pamplona Filho colocam que a “personalidade jurídica, para a Teoria Geral do Direito Civil, é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito. Adquirida a personalidade, o ente passa a atuar, na qualidade de sujeito de direito (pessoa natural ou jurídica), praticando atos e negócios jurídicos dos mais diferentes matizes.” (2006, p. 80). Amaral aduz que o “sujeito de direito – elemento subjetivo das relações jurídicas – é quem participa das relações jurídicas, sendo titular de direitos e deveres.” (2006, p. 215). “Ao conjunto de poderes conferidos ao ser humano para figurar nas relações jurídicas dá-se o nome de personalidade.” (VENOSA, 2007, p. 132). Gonçalves expõe que a personalidade – qualidade e atributo do ser humano – “pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil.” (2006, p. 70). Enquanto a noção de capacidade determina a medida e a possibilidade de exercício da personalidade jurídica, essa se mostra débil ao alcançar tão somente as relações jurídicas eminentemente patrimoniais oriundas da autonomia privada.

¹⁹ Na linguagem de Roemer “*las personas son maximizadoras racionales de sus satisfacciones*”, entendimento que se pode aplicar a todos os campos da atividade humana, “*em vez que de quedar confinado a los mercados explícitos de la economía*.” (1994, p. 7). O movimento da Análise Econômica do Direito, inovado na década de 1960 pela Escola de Chicago, busca “*ocuparse de la ley tal como funciona en la práctica haciendo uso de las ciencias sociales, y que la economía era una de las ciencias sociales a la que podían recurrirlos abogados académicos [...] El movimiento del derecho y la economía [busca aplicar] los conceptos económicos para explicar y esclarecer los asuntos legales*” (ROEMER, 1994, P. 10-11). Guido Alpa, outro expoente da doutrina, coloca que “aqueles que se dedicam a examinar economicamente o direito tem o desígnio comum quer de assegurar a correspondência entre exigências econômicas e instrumentos jurídicos, entre a atuação do mercado livre e atuação do mercado regulado, quer o de garantir o custo dos instrumentos jurídicos, os seus efeitos induzidos, a alteração que eles produzem na situação de mercado, os caracteres que imprimem ao próprio mercado, os fatos contextuais de que eles se tornam intermediários para poder determinar um específico jogo do mercado” [...] (a ponto de promover) “um confronto entre a situação concreta e aquela em abstrato determinável com a correção do sistema, indagando o custo privado e o custo social da atuação de novos e velhos instrumentos jurídicos” em busca de um uso mais eficiente e racional tanto das riquezas, quanto das regras jurídicas. (1997, p. 7-15).

recursos em direção a um uso mais vantajoso.” (FONSECA, 2003, p.37). Ela buscará ser eficiente na medida em que utilizar

dos recursos econômicos de modo que o valor, ou seja, a satisfação humana, em confronto com a vontade de pagar por produtos ou serviços, alcance o nível máximo através da maximização da diferença entre os custos e as vantagens. (FONSECA, 2003, p.37).²⁰

Convivem no seio da pessoa humana, então, o fardo da enraizada cultura capitalista acumulativa em detrimento da dignidade interna de cada indivíduo e a tutela de suas situações jurídicas existenciais.

O presente trabalho identifica como causa para esse engessamento a noção “estreita” de personalidade jurídica, instituto elaborado para o direito privado da mais alta índole patrimonial burguesa, e aponta uma solução para esse problema baseado na hipótese de que a noção de personalidade jurídica deve transcender às amarras técnicas do Código Civil Brasileiro e do ambiente privado, para abranger não só as relações jurídicas patrimoniais que se encerram no universo do *ter*, mas também para, efetivamente, incluir todas as situações jurídicas que se situam no cosmos do *ser*. Para tanto, será necessário desenvolver uma noção “dilatada” de personalidade jurídica, ou uma personalidade jurídica *estendida*, quando presente por todo o ordenamento jurídico mecanismos eficazes para a efetiva tutela da pessoa humana, tais como cláusulas gerais de boa-fé objetiva e de funções sociais, princípios constitucionais e direitos fundamentais e direitos da personalidade. Nesse sentido, vale a lição de Faria e Rosenvald:

De maneira mais realista e próxima da influência dos direitos fundamentais constitucionais, é possível, então, perceber uma nova idéia de personalidade jurídica. Trata-se do atributo reconhecido a uma pessoa para que possa atuar no plano jurídico (titularizando relações diversas) e reclamar a proteção jurídica dedicada pelos direitos da personalidade (2007, p. 104).

Não se é pessoa em Direito apenas no momento em que se contrai uma obrigação ou se adquire um direito subjetivo privado patrimonial, ou quando o Direito tutela essa relação da qual resultam direitos ou obrigações dessa ordem. Ao contrário disso, o simples fato de o homem existir, atualmente, é levado em

²⁰ Esta é a definição de eficiência para Richard Posner, mentor da escola da Análise Econômica do Direito, citado por Fonseca.

consideração pelo ordenamento jurídico próprio do Estado democrático de Direito. A titularidade de direitos subjetivos públicos e de direitos da personalidade não escapa a esse entendimento. Mesmo quando a pessoa efetivamente não se relaciona, contratualmente, com outro organismo jusprivado, ela tem relevância para o sistema do Direito e para a sociedade. Ou seja, a pessoa em direito inexoravelmente acontece no mundo jurídico, não somente no momento em que integra uma relação jurídica privada trasladora de patrimônio, mas desde quando o Estado erige um sistema objetivo de normas que disciplina toda a sociedade e que a tutela pelo simples fato de ser um humano. A pessoa não é uma potencialidade para aquisição de direitos e deveres. Ela é um “já-adquirindo-inexoravelmente” direitos e deveres de várias ordens existenciais.

Essa noção dilatada de personalidade jurídica deve, então, adequar-se ao ambiente do Estado democrático de Direito para permitir, cotidianamente a penetração de direitos subjetivos oriundos de tantos microssistemas privados e da própria Constituição no mundo de cada pessoa a ponto de efetivar nas relações interprivadas, o disposto no § 1º do art. 5º da Constituição Federal.²¹

A perda da unidade central do código civil como o único documento propositivo ordenador da vida privada reclama essa interconexão sistêmica entre os ramos do direito, em prol da asseguuração e efetivação dos fundamentos da república.

Portanto, sugere-se, neste trabalho, nova nomenclatura para instituto da personalidade jurídica, para que fiquem claros tanto o rompimento quanto a superação do momento anterior. Ao invés de mera possibilidade de aquisição de direitos e obrigações, a pessoa deve ser entendida, em termos dogmáticos, como um generalíssimo “centro de imputação de normas jurídicas” (CORDEIRO, 2005, p. 373), que atrai a incidência de normas jurídicas de conteúdos essenciais constitucionais e ordinários.

Finda-se o tempo do Direito despersonalizado, para incluir, em seu sistema

²¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.* § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Itálicos nossos) (BRASIL, 1988).

todas as pessoas como reais e completas pessoas de direito. Desde sua concepção, a pessoa deve ter reconhecida sua personalidade jurídica não unicamente em face das relações patrimoniais de que faz parte, mas desde seus critérios existenciais delineados a partir da positivação dos direitos da personalidade e fundamentais, a exemplo do que ocorre com a criança e com o idoso.

Portanto, esta pesquisa objetiva promover a superação da visão mecanicista-analítica da pessoa humana, enquadrando-a de outra maneira, no âmbito do Estado democrático de Direito. Inovar sobre suas tradicionais classificações ou conceituação se faz pertinente. Pretende-se, também, evidenciar que o Direito não está a reservar suas estruturas para defender apenas aqueles que contraem obrigações e adquirem direitos patrimoniais.

2.3 Formulação filosófica e jurídica da dignidade humana

Com o declínio do Império romano ocidental, a Europa experimentou um processo de fragmentação iniciado por freqüentes invasões bárbaras que culminaram na constituição de “uma série de reinos politicamente independentes, porém, unidos pela força da Igreja, como poder intemporal.” (SZANIAWSKY, 2005, p. 33). Segundo Gilissen (2001), naquele período de trevas culturais e jurídicas, as constantes subdivisões hereditárias desses reinos, rivalidades entre príncipes e monarcas, o surgimento das relações de vassalagem e feudos, a introdução dos costumes dos tedescos como fonte de Direito, (dentre eles a vingança privada, o regime dotal), ao lado do direito canônico ditaram os parâmetros e papéis sociais do homem medieval. A partir do séc. XI, foi definitivo o desempenho dos glosadores que reavivaram o direito romano da era justiniana, introduzindo-lhe as novas concepções políticas e sociais que, naquele momento, se mostravam tendenciosas para a centralização do poder, o que culminou com a criação dos diversos Estados Nacionais. Edificou-se, pois, no âmbito interno de cada reino, um direito próprio, todavia de base romanista-cristã. Tais pesquisas culminaram (no que tange ao universo jurídico) no Iluminismo, fenômeno que “lançou as sementes de um conceito moderno de pessoa humana baseado na dignidade e na valorização do indivíduo como pessoa.” (SZANIAWSKY, 2005, p. 35).

O autor sob comento descreve que, nessa época, a filosofia reconheceu a pessoa como indivíduo, como substância, por ser um ente autoconsciente e que existe por si mesmo. Assim, em São Tomás de Aquino, esta era vista como portadora de uma dignidade originária da concepção cristã de pessoa como uma substância racional; do princípio da imortalidade da alma e da ressurreição do corpo. Essa racionalidade é o que fazia daquele homem um princípio de ação autônomo, livre. No mesmo trilho, em Mirandola²², jovem autor da primeira geração do movimento humanista renascentista, nos idos de 1486, tem-se a descrição do ser humano em face da magnitude de sua natureza. Barbosa comenta:

na visão antiga e medieval considerava-se a Pessoa ontologicamente, como um ser diferente das coisas pelas características da indivisibilidade, racionalidade e do livre arbítrio, o que restou claramente insculpido na celebre definição de Boécio: *persona est rationalis naturae individua substantia*. (BARBOSA, 2006, p. 247)

Em Descartes, o discurso cristaliza-se racional e técnico. Segundo Taylor (2005), até mesmo o conceito moderno de dignidade se constrói a partir das conclusões de Descartes, pois esta deixa de ser camuflada tão somente na honra subjetiva e gloriosa de cada pessoa para generalizar-se sobre todos os homens, abstratamente considerados, posto que todos, em essência, são igualmente racionais. Em sua visão moderna, a dignidade “sempre se vincula com a humanidade intrínseca despida de todas as regras ou normas socialmente impostas”. (TAYLOR, 2005, p. 200). A dignidade está objetivamente presente em todos, indistintamente, porquanto todos são racionais.

A nova definição do domínio da razão traz consigo uma internalização das fontes morais. Quando a hegemonia da razão passa a ser compreendida como controle racional, como a capacidade de objetificar o corpo, o mundo e as paixões, isto é, de assumir uma postura inteiramente instrumental em relação a eles, as fontes das forças morais não podem mais ser vistas como exteriores a nós [...] [como era Deus, em Agostinho ou tal qual a ordem do mundo inspirada no Bem, dos estóicos]. No plano humano, natural, uma grande mudança ocorreu. Se o controle racional é uma questão de a mente dominar o mundo desencantado da matéria, então o senso de superioridade do bem viver, e a sua inspiração para chegar a ele, deve vir da percepção que o agente tem de sua própria dignidade como ser racional. (TAYLOR, 2005, p. 200).

²² “Vínculo das criaturas, familiar com as superiores, soberano das inferiores; pela agudeza dos sentidos, pelo poder indagador da razão e pela luz do intelecto, ser intérprete da natureza; intermédio entre o tempo e a eternidade e, como dizem os Persas, cópula, portanto, himeineu do mundo e, segundo atestou David, em pouco inferior aos anjos”. (MIRANDOLA, 1989, p. 49).

Em sua teoria, Descartes (1999) tratou por ética o controle racional que encontrava suas fontes em um senso de dignidade e de autoestima. Expurgando Deus da condução de sua vida, o homem era agora seu autogovernador.

A prova cartesiana não é mais a busca de uma experiência de tudo em Deus. O que agora encontro sou eu mesmo: adquire uma clareza e uma plenitude de auto-presença que não tinha antes. Mas, a partir do que encontro aqui, a razão leva-me a inferir uma causa e uma garantia transcendente, sem as quais minhas capacidades humanas agora bem compreendidas são poderiam ser o que são. (TAYLOR, 2005, p. 207).

A pessoa humana, nesse ponto da história do Direito, já alcançara a razão e desmitificara Deus; passou a conduzir a própria vida por suas próprias pautas morais e descobriu a dignidade inerente à sua condição de ser humano. Sua concepção de mundo descortinado e racional fragmentava todos os problemas passíveis de investigação científica em menores partes.

O poder adquirido por uma consciência de se dobrar sobre si mesma, e de tomar posse de si mesma como de um objeto dotado de sua própria consistência e de seu próprio valor: não mais apenas conhecer, mas conhecer-se; não mais apenas saber, mas saber que se sabe. Por essa individuação de si mesmo, no fundo de si mesmo, o elemento vivo, até aqui espalhado e dividido sobre um círculo difuso e de percepções e de atividades, acha-se constituído, pela primeira vez, em centro *punctiforme* onde todas as representações e experiências se enlaçam e se consolidam num conjunto consistente de sua organização. [...] O ser reflexivo, precisamente em virtude de sua inflexão sobre si mesmo, torna-se de repente susceptível de se desenvolver numa esfera nova. Na realidade, é outro mundo que nasce. Abstracção, lógica, opções e invenções ponderadas, matemática, arte, percepção, [direito], amor... Todas essas actividades da vida interior nada mais são que a efervescência do centro recém-formado que explode sobre si mesmo. (CHARDIN, 1970, p. 169-170).

A partir da introdução e orientação filosófica do imperativo categórico²³, Kant,

²³ Na *Introdução à metafísica dos costumes*, Kant (1991), ao tratar da ação humana, coloca que a vontade é a legisladora universal das ações do homem, movida por um interesse qualquer. Para estabelecer uma Lei que vigore a todo ser racional e discipline a vontade de todos, especifica que são móveis da ação **imperativos hipotéticos** ou imperativos categóricos. Os primeiros representam-se nas ações ordenadas por princípios de vontade, como a destreza, a prudência, a vontade em si. Os atos ordenados pela vontade podem não refletir ações práticas necessárias. Portanto, o imperativo de vontade conduz a situações práticas inexoravelmente contingentes da vida. A qualquer tempo é possível até mesmo a renúncia à intenção, a desistência de determinado propósito. Ademais, não se sabe, de antemão, o conteúdo da respectiva ação (uso de algum meios em busca de um objetivo), dada sua volatibilidade, tanto no que se refere à intenção quanto à forma de agir. Já o **imperativo categórico**, ou lei da moralidade, espelha ações necessárias conforme uma lei, que se deve seguir, mesmo contra a inclinação da pessoa. O imperativo categórico obriga a agir conforme a máxima que essa lei encerra. Uma vez que é deduzido em uma fórmula sintética-prática, expurga a subjetividade

quanto à orientação cartesiana, sintetiza, em fórmulas práticas, significação para a expressão *dignidade da pessoa humana*.

[...] todo o ser racional, (*sic*) existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo, como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre que ser considerado simultaneamente como fim. Todos os objectos das inclinações têm somente um valor condicional, pois se não existissem as inclinações e as necessidades e que nelas se baseiam, o seu objecto seria sem valor. As próprias inclinações, porém, como fontes das necessidades, estão tão longe de ter um valor absoluto que as torne desejáveis em si mesmas, que, mundo pelo contrário, o desejo universal de todos os seres racionais deve ser o de se libertar totalmente delas. Portanto o valor de todos os objectos que possamos adquirir pelas nossas acções é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm conduto, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo arbítrio (e é um objecto do respeito). (KANT, 1991, p. 68). (itálicos do autor)

Em face da natureza racional que existe como um fim em si, Kant enumera que a lei prática da ação seria: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na sua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca e simplesmente como meio.” (KANT, 1991, p. 69).

A observação da premissa erigida permite inferir que tratar um ser racional como meio significa negar-lhe seu carácter fundamental. “Servir de um homem simplesmente como meio, sem que este último contenha ao mesmo tempo o fim em si” (KANT, 1991, p. 70), representa a negação da dignidade refletida na humanidade daquele indivíduo. Kant considera, ainda, que todos são livres para seguirem suas vontades. Classifica a “liberdade como propriedade da vontade de todos os seres racionais.” (KANT, 1991, p. 95) e afirma: “A todo ser racional que tem uma vontade temos que atribuir-lhe necessariamente também a idéia de liberdade, sob a qual ele

individual presente na ação estritamente pela vontade. A fórmula da lei prática retratada ficou assim estruturada: “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.” (KANT, 1991, P. 59). O próprio Kant reconhece que desse enunciado derivam todos os imperativos do dever, como o dever para com os outros e o dever para consigo mesmo, que estabelecem confronto com o querer. Imperativo, na linguagem kantiana, significa “uma regra pela qual a ação em si mesma contingente é tornada necessária.” (KANT, 2003, p. 65). Assim, obrigação é a “necessidade de uma ação livre sob um imperativo categórico da razão” (KANT, 2003, p. 65), e dever é “a ação à qual alguém está obrigado, é [...] a matéria da obrigação.” (KANT, 2003, p. 65). Segundo Gomes e Merle (2007), a fórmula do imperativo categórico se desdobra, ainda, na fórmula da humanidade, que reza: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio.” (KANT, 1991, p. 69).

unicamente pode agir.” (KANT, 1991, p. 96).

O ente racional kantiano coabita um mundo sensível impregnado de subjetividade. Campo dos pensamentos, das emoções, dos sentidos, do espírito, dele emana ações sensíveis. O uso da sensibilidade, essência da inteligência, é impulsionado pela razão que, alfim, submete a regras as representações sensíveis “marcando limites ao próprio entendimento.” (KANT, 1991, p. 102). Penetra, destarte, no universo inteligível, onde existe o mundo jurídico. Para Kant, dado por óbvio o momento histórico em que viveu, havia leis da natureza e leis da liberdade do agir.

Essas leis da liberdade são denominadas *leis morais*. Enquanto dirigidas meramente a ações externas e à sua conformidade à lei, são chamadas *leis jurídicas*; porém se adicionalmente requererem que elas próprias (as leis) sejam os fundamentos determinantes das ações, são *leis éticas* e, então, diz-se que a conformidade com as leis jurídicas é a legalidade de uma ação, e a conformidade com as leis éticas é a sua moralidade. A liberdade à qual as primeiras leis se referem só pode ser liberdade no uso externo da escolha, mas a liberdade à qual as últimas se referem é liberdade tanto no uso externo quanto no uso interno da escolha, [...]. (itálicos do autor) (KANT, 2003, p. 63)

Nota-se que o universo das ações, em Kant, fundado na liberdade de escolha, é dividido entre ações éticas e ações jurídicas. “Através dos imperativos categóricos, certas ações são permitidas ou proibidas, isto é, moralmente possíveis ou impossíveis, enquanto algumas delas ou seus opostos são moralmente necessários, ou seja, obrigatórios.” (KANT, 2003, p. 64). A ação humana que se sujeita a leis obrigatórias, em Kant, recebe a qualificação de *feito*.

Designa-se uma ação como feito na medida em que esteja sujeita a leis obrigatórias, e, conseqüentemente, na medida em que o sujeito, ao executá-lo, é considerado em termos da liberdade de sua escolha. Por tal ação o agente é tido como o autor de seu efeito, e este, juntamente com a própria ação, poder ser imputado a ele, [...]. (KANT, 2003, p. 66).

No que concerne ao ambiente jurídico, Kant especifica que a noção de personalidade não será tão somente aquele feixe de poder que torna apta a pessoa a ingressar no mundo do direito privado, mas, sim, o que deve servir de suporte para garantia da dignidade da pessoa humana a ponto de “criar as condições dentro das quais a pessoa possa se afirmar como um todo e possa realizar suas aspirações de todo independente e livre.” (BARBOSA, 2006, p. 269). Considerando o homem por

sua humanidade, a “pessoa entra no Mundo jurídico como Pessoa em direito, ingresso que lhe não renderá a [...] anulação de sua humanidade, pois é Pessoa em direito justamente em razão dessa humanidade; [...]” (BARBOSA, 2006, p. 253).

Pessoa, em Kant, é o sujeito “cujas ações [jurídicas e morais] lhe podem ser imputadas” (KANT, 2003, p. 66) e uma coisa “é aquilo ao que nada pode ser imputado” (KANT, 2003, p. 66). A coisa – *res corporalis* – será “qualquer objeto do livre arbítrio que seja ele próprio carente de liberdade” (KANT, 2003, p. 66), que pode ser objeto de posse. Portanto, a condição primeira para agir em conformidade com a lei jurídica reside no fato de ser sujeito de uma ação que lhe possa ser juridicamente imputada.

Aplicados os preceitos kantianos à noção de personalidade jurídica de Bevilacqua e Jellinek²⁴, pode-se chegar ao entendimento de que o pressuposto para aquisição de direitos e obrigações seria a ação que não rebaixasse outra pessoa, ou a si mesma ao estado de coisa, pois uma ação que trata a pessoa simplesmente como um meio, não como fim, aniquila a dignidade humana.

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço [preço venal], pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quanto uma coisa está acima de todo o preço, e portanto, não permite equivalente, então ela tem uma dignidade [valor íntimo]. (KANT, 1960, p. 77).

Todavia, a doutrina do direito²⁵ de Kant divide-se entre direitos inatos e direitos adquiridos. “Um direito inato é aquele que pertence a todos por natureza, independentemente de qualquer ato que estabelecesse um direito, um direito

²⁴ Barbosa (2006) assevera que personalidade jurídica, na linhagem de vários autores jurídicos, dentre eles Jellinek, é produto do ordenamento jurídico, “resultante do reconhecimento do direito objetivo” (BARBOSA, 2006, p. 132). O homem é, assim, pessoa em direito não por ordem da natureza, mas por obra do Direito. Para Chamon Júnior, “Jellinek radicaliza o argumento positivista e reduz sua verificação à concessão estatal” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 126). Essa não era um direito, mas, sim, *status* criteriosamente distribuído aos homens pelo Estado. A pessoa moral, ser racional autoreflexivo, reduziu-se a uma instituição que tolerava várias manipulações. Na época retratada, estavam sendo formulados os direitos fundamentais de primeira geração, pelo que as situações existenciais mal eram reconhecidas pelo Direito.

²⁵ A obra de Kant, *A metafísica dos costumes*, é dividida em duas partes distintas. A primeira trata da doutrina do direito e a segunda, da doutrina da virtude. Nas relações intersubjetivas, cada pessoa, usando da prerrogativa de se autodeterminar, encontra com outra pessoa, com o mesmo poder, de forma que essa relação, externa, produz efeitos além da consciência, do mundo interno de cada um deles. Necessária, então, uma legislação externa a cada uma das pessoas e comum a todas que integrem uma relação a ponto de formar uma comunidade jurídica, cujas leis unam “sistematicamente as pessoas como fins em si mesmas e seus respectivos fins [...]”. Leis comuns devem possibilitar que cada um prossiga sem nisso ser perturbado e sem com isso perturbar os outros de fazerem o mesmo.” (NOUR, 2003, p. 45).

adquirido é aquele para o qual se requer tal ato.” (KANT, 2003, p. 83).

Naquela época os direitos inatos (ou, na visão kantiana, o de liberdade seguido de seus desdobramentos naturais) do homem (hoje traduzidos como os de natureza jurídica existencial), que se situavam no campo do secular Direito Natural, não foram recepcionados na forma de regras jurídicas positivadas, senão como ‘meros’ princípios gerais do Direito, pelo inovador direito legislativo positivado, de modo que as situações jurídicas existenciais foram esquecidas pelo ordenamento jurídico, que se ativeram apenas as condutas patrimoniais das pessoas. O Direito Positivo das codificações oitocentistas ainda não evoluíra a ponto de fazer ingressar em suas bases vários dos direitos fundamentais constitucionais e da personalidade, que hoje se reconhece para a tutela da dignidade humana.

Então, a questão da tutela e promoção da dignidade própria e alheia situava-se no campo da ética, na doutrina da virtude. Gomes e Merle comentam a obra kantiana e asseveram que os deveres de virtude são aqueles não podem ser impostos coercitivamente, sendo baseados, pois, “somente no livre auto-constrangimento” (2007, p. 123). Ao passo que os deveres jurídicos são estritos e se estruturam conforme uma norma jurídica, os deveres éticos são mais amplos, porque não prescrevem ações em si, apenas as máximas para ações. Sob o imperativo da virtude,

isso significa que tenho o dever de não causar dano a alguém que quero bem tanto quanto tenho o dever de não causar dano a alguém que não quero bem ou, mais ainda, tanto quanto tenho o dever de não causar dano a alguém mesmo quanto todas as minhas inclinações me levam à ação oposta. (GOMES e MERLE, 2007, p. 85).

Portanto, a tutela da pessoa humana por sua dignidade está situada, no paradigma do Estado liberal, conforme a obra kantiana, no reino da ética, ou da moral, de forma que não havia uma força externa que pudesse coagir as pessoas a agirem conforme uma máxima encerrada em uma regra positiva jurídica, que sequer existia. Dessa maneira, apenas a consciência de cada um guiaria as ações ou feitos dos homens no sentido de promover e tutelar a dignidade própria ou alheia.

[...] um ser humano considerado como uma pessoa, isto é, como o sujeito de uma ação moralmente prática, é guinado acima de qualquer preço, pois como pessoa não é para ser valorado meramente com um meio para o fim de outros ou mesmo para seus próprios fins, mas como um fim em si mesmo, isto é, ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto) através

do qual cobra respeito por si mesmo de todos os outros seres racionais do mundo. Pode avaliar a si mesmo conjuntamente a todos os outros seres desta espécie e valora-se em pé de igualdade com eles.

A humanidade em sua pessoa é o objeto do respeito de sua parte exigível de todo outro ser humano, mas que ele, por sua vez, também não pode perder. Por conseguinte, ele pode e deve valorar-se tanto por um baixo padrão quanto por um alto padrão, dependendo de se vê a si mesmo com um ser dotado de sentidos (em termos de sua natureza animal) ou como um ser inteligível, (em termos de sua predisposição moral). Uma vez que ele tem que considerar a si mesmo não apenas como uma pessoa em geral, mas como um ser humano, ou seja, como uma pessoa que tem deveres que lhe são impostos por sua própria razão, não é permissível que sua insignificância como animal humano prejudique sua consciência de sua dignidade como ser humano racional, e ele não deve rejeitar a auto-estima moral de tal ser, ou seja deve perseguir seu fim, que é em si mesmo um dever, não de maneira abjeta, não com disposição servil (*animo servili*), como se buscasse um favor, não negando sua dignidade, mas sempre com consciência de sua predisposição moral sublime. [...] E esta auto-estima é um dever do ser humano para consigo mesmo. (KANT, 2003, p. 277).

Somente na medida em que esses critérios éticos de valoração da dignidade da pessoa humana foram se transformando em catálogos normativos de direito positivo é que a tutela da humanidade da pessoa ganhou contorno jurídico. Precipitado o reforço jurídico transformam-se tais critérios, automaticamente, em fonte simultânea de deveres e direitos para todos as pessoas, que, se burlados, podem levar a um apreço jurisdicional, à responsabilidade civil. Então a personalidade jurídica passa a ser verificada, também, no que se relaciona à tutela tanto do *alter* quanto de si mesmo, além da mera “aptidão para tornar-se sujeito de direitos e obrigações” (MAZEAUD *apud* BARBOSA, 2006, p. 106) jusprivadas e patrimoniais.

O uso da expressão com conotação jurídica é fato recente no horizonte do Direito. Atualmente,

a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem [...] aos seguintes preceitos: 1- respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2- consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3- respeito pelas condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária.” (AZEVEDO *apud* MORAES, 2003, p. 81).

Para Moraes (2003), a Constituição Federal de 1988 elevou ao status máximo da hierarquia jurídica nacional o imperativo categórico kantiano, trazendo-o do campo da moral para o campo do direito.²⁶ Os valores existenciais que orientavam e

²⁶ Conforme a autora: “O respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da

admoestavam o núcleo moral das pessoas agora vertem diretamente para o sistema do direito, quando aí se sublimam em diplomas legislativos consagradores de normas jurídicas. Assim, a pessoa percebe titularidade de um sem-par de direitos e deveres essenciais que lhe impulsiona para sua autorealização mediante o dever de respeito com o *alter* e autopromoção.

Apesar da marca de Estado democrático de Direito, os traços do racionalismo reducionista e do individualismo de matriz liberal ainda se mantêm intensos sobre a pessoa de direito, que continua proposta como o sujeito de direitos e obrigações da ordem privada, misturada à noção de capacidade de obrar juridicamente. Na prática judiciária, são escassos os debates que contemplam o indivíduo em si, senão somente seus direitos patrimoniais.²⁷ Mesmo a sede jurisdicional do Estado acostumou-se ao paradigma liberal e assim garante uma justiça técnica, baseada nas proposições jurídicas antepostas à experiência existencial das pessoas.

Há um abismo entre todo o ordenamento jurídico pró-pessoa e a própria pessoa, porque essa, instrumentalmente, não está aparelhada para captar tudo quanto irradia da Constituição Federal em seu benefício. O texto presente mostra que o Direito se esqueceu de tutelar a humanidade inerente a cada pessoa e enfocou de maneira privilegiada suas situações patrimoniais. Era essa a segurança que o liberal-burguês definidor daquele direito pretendia. Esse foi o modo pelo qual o sistema do direito liberal regulou aquela sociedade. A redução da pessoa ao estado da técnica, pela racionalidade da própria pessoa, conduziu-a, como ministraram Jhering e Kelsen, a um nada jurídico, ou a um mero suporte para que a riqueza pudesse validamente circular; para que se assegurassem os monopólios de exploração e os meios de produção capitalistas.

Contudo, se hoje o trato do direito é outro quanto à forma cartesiana de regular expectativas comportamentais e definir posições jurídicas, é porque o foco deslocou-se do aspecto patrimonial para o aspecto existencial, colocando a pessoa sob o enfoque de todo o ordenamento jurídico que tem por base a Constituição, para tutelar seus bens da vida.

Então, no ambiente do Estado liberal, a pessoa se dava no sistema do direito

Constituição Federal de 1988, do mesmo modo que já havia ocorrido em outros lugares.” (MORAES, 2003, p. 82).

²⁷ Note-se que até mesmo a quantificação, pelos Tribunais, das compensações pecuniárias oriundas de danos à moral são quantizadas através de parâmetros estritamente patrimoniais, como a situação econômica do agressor e da própria vítima.

como aquela que era “capaz de direitos e deveres na ordem civil.” (BRASIL, 2002). No ambiente marcado pelo Estado democrático de Direito, a pessoa será, além de capaz de direitos e deveres na ordem civil, aquela que absorve direitos e deveres de cunhos existenciais flagrantes da Constituição Federal bem como de diplomas jurídicos ordinários-privados, desde que se porte como um *centro de imputação de normas jurídicas*.

2.4 A pessoa em direito e a analítica existencial de Martin Heidegger

No universo científico, qualquer afirmação que se preste a promover uma alteração radical em um instituto consagrado, mesmo que obsoleto, como é o caso da personalidade jurídica de fôto liberal, requer fundamentação, para que fiquem identificados e explicados seus inovados pressupostos e possam ser deliberadamente aplicados às situações corriqueiras inerentes ao corte epistemológico.

Dentre os objetos reduzidos e conceituados pelo direito objetivo do Estado liberal estava, então, a pessoa humana. Todo o entendimento jurídico que se fazia a respeito da pessoa, ou a sua verdade, se encerrava em regras herméticas. As enumerações jurídicas definiram a pessoa, *v.g.*, segundo seu gênero, atribuindo ao masculino extensas vantagens jurídicas. Determinaram de modo absoluto o total das experiências necessárias, definindo juridicamente a figura do pai, do contratante, do chefe de família. O que não era abordado por esse ordenamento jurídico era mesmo um *nada* jurídico, pois a entidade humana (todo e qualquer ser humano individualmente tomado) já estava definida em sua totalidade. O horizonte de interpretação estava fechado no conceito jurídico.

Para Martin Heidegger (1969b), o homem racional é uma criação da tradição metafísica. As ciências biológicas e humanas sempre inclinaram suas atenções a pesquisar a totalidade do ente, unidade objetivamente cunhada a partir das idéias que orientam as dissecações científicas. Evidenciado determinado objeto – como próprio homem em si – a pesquisa e análise metafísicas seguem em direção à comprovação científica desse objeto, na forma reducionista cartesiana.

Pensar o homem em face de sua metafísica natureza racional, por mais que tenha permitido progressos jurídicos como os provenientes da fundamentação de direitos essenciais em catálogos constitucionais, ou mesmo a estatização de direitos privados da personalidade, que hoje refletem a evolução do sistema do direito, diante da inclusão em seus róis de mecanismos próprios à tutela do ser humano, não permite pensar além de uma pretensa totalidade desse *animal metaphysicum*. A tradição metafísica presente desde os tempos de Platão sempre pensa e concebe as coisas e pessoas através da representação da totalidade desta pessoa ou daquela coisa. Ou seja, a tradição filosófica e jurídica pensa o homem e as coisas a partir de um objeto idealizado em conceitos pré-estabelecidos que especifiquem a verdade sobre aquela coisa, ou sobre aquela pessoa, separando-a da experiência vivida no cotidiano. O sujeito passa a ser o que o objeto revela. O sujeito é a totalidade da representação do objeto (idéia). Considera-se o ser humano a partir de uma definição, seja ela uma representação da biologia, da religião ou do direito, que engessa o objeto do conceito nas bases determinantes e na assertiva que prescreve o conceito. Não sobra espaço para quaisquer outras considerações ou empirismos além da adequação entre o objeto e o sujeito.

Enquanto preso às bases metafísicas, o homem será pensado e concebido no mundo do direito em face dos preceitos jurídicos que determinam objetivamente o ente humano. A redução de todo o fenômeno humano a premissas resulta que o ser humano – ser inumerável – passa a ser entendido unicamente pelas enumerações jurídicas. O perigo dessa interpretação da pessoa reside no fato da subjetividade que permeia a escolha de padrões que determinem a objetividade humana, já que interesses ou pessoas são os responsáveis pela determinação dos padrões dos objetos da análise. Em outros tempos, o homem, diante das idéias aqui articuladas, experimentou a intolerância racial, religiosa, política, justamente porque a verdade do homem era aquela que se adequava ao ente cristalizado pela Igreja, ou pelo Estado.

Vale dizer que a forma tradicional de conduzir a aplicação do direito fundada na lógica não faz sentido nem consegue dar cabo dos problemas hodiernos experimentados em sociedade, tendo em vista o ângulo jurídico. Considerar os aspectos existenciais das pessoas como reduções enunciativas jurídicas significa asfaltar a possibilidade de sucessos na tutela da pessoa por sua dignidade, princípio jurídico presente na Constituição que não pode, sozinho, atribuir, de antemão,

qualquer verdade sobre o ente humano, o que o impossibilita de figurar como uma eventual premissa maior do processo de subsunção.

De nada adianta, então, dispor-se de instrumentos hábeis a promover a tutela jurídica da pessoa humana por sua dignidade se se tenta definir essa dignidade e nadificar todo o inimaginável restante de possibilidades existenciais que a pessoa pode experimentar. Consoante expõe Luhmann (1983), a escolha de um padrão de comportamento, ou de um conceito jurídico, faz excluir do sistema do Direito todo o resto das experiências que poderiam ser recepcionadas pelo próprio sistema. O modelo tradicional resta obsoleto e inadequado para tratar de assuntos de tal monta em face do pluralismo lastreador da Constituição Federal de 1988.

Heidegger quebra com a tradição metafísica²⁸ quando propõe sua fenomenologia existencial. Mesmo que não tenha debatido especificamente a ciência do Direito, sua construção e colaboração filosófica podem ser desveladas e utilizadas para fundamentar um novo modelo para o trato jurídico das situações existenciais do *ser humano*.

Heidegger quer erradicar a tradição judeu-cristã da filosofia, [...] realizando a passagem das teorias da consciência, da representação, do *homo rationalis*, para o mundo prático: *ser-no-mundo*, *Dasein* como cuidado (*Sorge*). Este é o novo paradigma. (PAIVA, 1988, p. 24).

Diante dos ensinamentos do filósofo, validar-se-á a premissa de que será a experiência individual vivida o fator que trará a incidência das normas jurídicas que tutelam a pessoa humana, ou seja, o elemento fático, a faticidade quando a pessoa é no mundo no tocante ao seu aspecto jurídico-existencial. Tal entender quebra com a compreensão de que os enunciados normativos encerram conceitos jurídicos prévios e prontos que determinam toda a totalidade de possibilidades jurídicas do homem no mundo. Assim, para fundamentar a ‘personalidade jurídica dilatada’, busca-se a contribuição da obra de Heidegger.

Explicou Paiva (1998) que o filósofo da Alemanha afastou a redução técnica ao estado de conceitos, própria do racionalismo moderno inaugurado por Descartes e da tradição metafísica, para fundamentar o *ser* naquilo que ele revela de seu ente

²⁸ Elucida Paiva: “Heidegger critica a tradição metafísica como um todo paradigmático: ela não consegue distinguir o ôntico do ontológico, por falta de método plenamente elaborado. As ontologias não dispunham do método fenomenológico, ou seja, do seu modelo de acesso à coisa mesma, moldado através da idéia de *ser-no-mundo*.” (PAIVA, 1998, P. 30).

no mundo, na prática e na cotidianidade.²⁹

Tal poderá soar estranho, quando aplicado ao mundo do Direito, onde o dogmatismo normativista pré-seleciona a conduta e coisas que serão objeto do próprio sistema do Direito. Mas, quando se aplica à pessoa que interage nesse universo específico, tem-se o condão de permitir entendê-la não como o ente estático, pré-concebido e limitado ou afeito tão somente às normas jurídicas de caráter patrimonial. Ou seja, pode-se dar um verdadeiro salto entre o mero suporte kelseano de direitos patrimoniais para o ser-existencial próprio ao Estado democrático de Direito.

Como se poderá verificar, a fundamentação do *centro de imputação de normas jurídicas* a partir da hermenêutica da faticidade heideggeriana permitirá dilatar a personalidade jurídica, tendo em vista tudo aquilo que cada ser humano existencialmente é (se mostra), em todo e em cada caso concreto, para formatar sua situação jurídica subjetiva, transformando a pessoa num ser de direito altamente complexo.³⁰ Segundo Safranski (2005), Heidegger rompeu com a filosofia

²⁹ Heidegger dedica sua obra à busca de um sentido para o *ser* dos entes. Afirma que a filosofia tradicional de cunho metafísico se esqueceu do *ser*, enquanto promoveu, em seus debates, assuntos que atingiram fundamentalmente os entes. Na tentativa de recuperar um sentido originário para o *ser* em geral, questiona, pois, a tradição filosófica. Estabelece, retomando termos gregos originais, que o ente “significa, em primeiro lugar, aquilo que em cada caso é [...]” (HEIDEGGER, 1966, p. 71). Nele se compreende tudo e todas as possibilidades que se refere a ele mesmo. Diferenciado do nada – do que não é revelado pelo *ser* de um ente – o ente existe, tem existência. A fenomenologia “Designa parte da filosofia que se ocupa da investigação sobre a natureza, a essência do conhecimento. Investiga a forma pela qual o *ser* pensante consegue alcançar, com certeza, uma realidade que compreende seu mundo exterior.” (SILVA, 2007, p. 18). Para tanto, a analítica existencial de Martin Heidegger determina estudos que cuidam do sentido do *ser* dos entes. Heidegger (1966) trata da gramática da palavra *ser* e demonstra que o vocábulo “*ser*”, enquanto substantivo abstrato, proveio de um verbo (que exprime ação). “Por isso se diz: a palavra, “*ser*” é um substantivo verbal.” (HEIDEGGER, 1966, p. 104). “Porque a forma do verbo se transfere para a forma do substantivo” (HEIDEGGER, 1966, p. 105), a forma nominal da palavra “*ser*” é a do infinitivo, tal qual o *modus infinitivus*, que é o “modo da ilimitação, da indeterminação, a saber, a maneira como um verbo indica e exerce os préstimos e a direção de seu significado.” (HEIDEGGER, 1966, p., 105-106). O *ser* não carrega em si um conceito fechado, concreto, como o faz o ente. Aliás, na língua portuguesa, o verbo *ser* indica noção, idéia, é um verbo nocional. “*Se dice: el concepto de “ser” es el más universal y vacío. Como tal, opone resistencia a todo intento de definición.*” (HEIDEGGER, 2008b, p. 13). Só haverá *ser* a partir de um ente previamente dado ou considerado. A partir de um ente, este é aferido no seu modo próprio de *ser*. O *ser* humano, ou *Dasein*, possui modo próprio de *ser* que o torna distinto de todos os outros entes, pois é o único que compreende seu próprio *ser*. O signo *ser*, dessa maneira, refere-se não à entidade concretamente tomada, mas, sim, no que dela é representado, colhido, revelado, desvelado. Conduz, destarte, o *ser*, ao significado de *ser-sendo*, de *ser-exercendo*, de *ser-revelando* e *ser-revelador* dos atributos inerentes ao ente (ao “*ente-sendo*” (HEIDEGGER, 1999, p. 254)). Quando o *ser* apresenta-se, ele representa e desvela o ente. Para Heidegger, o *ser* é aquilo que foi revelado do ente.

³⁰ A mesma premissa fundamentadora da pessoa humana permitirá, inclusive, o entendimento de que todo ‘ente despersonalizado’, toda pessoa jurídica e ainda todo aquele que, mesmo não se enquadrando em nenhum dessas classificações reducionistas de cunho racional, moderno e cartesiano, possam se inserir validamente no sistema jurídico, como é o caso do meio ambiente ou

tradicional, cunhada desde Platão e Aristóteles, quando desenvolveu sua temática para excluir a teologia e a metafísica da própria filosofia, com a finalidade de buscar entender por que processos a vida humana poderia se mostrar em toda sua singularidade. Voltando-se para o momento vivido, para a cotidianidade, o filósofo não se apóia em Deus, ou mesmo na moral ou na honra subjetiva como elementos justificadores da ação humana. Usa como fundamento e apoio o que o homem revela de si mesmo, quando age (é) no mundo, em conjunto com todas as coisas que aí estão e com os demais seres humanos. Esse ente que se manifesta no mundo tem como limite o tempo, já que o homem, que tem relação direta com seu próprio ser, tem a consciência de que é para a morte (existe para morrer). Então o tempo (cotidiano) resta como inalterável horizonte para o desvelar do ente humano.

O homem heideggeriano – *Dasein*³¹ – é assim analisado segundo sua constituição originária ou **existenciais**³² sempre em face do que o ser de seu ente se abre e revela-se no mundo. O **ser-em**³³, em primeiro lugar, vai expressar que o ser humano sempre lida com algo, com as coisas e pessoas que se apresentam no **mundo**³⁴ em que vive. Ele necessita de um *locus* para acontecer.

ainda do nascituro, posto que são, todos, *centros de imputação de normas jurídicas*. Contudo, dadas as peculiaridades do presente trabalho, estudar-se-á, em face da delimitação material, apenas questões atinentes à pessoa humana nascida.

³¹ Segundo Heidegger (1969), o “ser do ente” representa o *sendo* a qualidade de humano que a pessoa apresenta (é). Essência – o que algo é (*Was-sein*) – e existência – o fato de alguém *ser* (*Das-sein*) –: ente e *ser*, eis a composição da pessoa. “[...] esse ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar, nós o designamos com o termo *presença*. [*Dasein*]” (HEIDEGGER, 2008a, p. 33).

³² Os existenciais heideggerianos são os modos fundamentais de ser do *Dasein*, ou seja, do ente humano. Dentre vários elencados em *Ser e Tempo*, apenas os que são mais afeitos à pesquisa serão resenhados.

³³ Pelo **ser-em** o homem se situa em um mundo (ser-junto) que, para ele, é um horizonte de interpretação formado pelas coisas e outros *Daseins* que aí se situam. Vale dizer que o homem vive no mundo, junto às coisas que aí dispostas (ou pré-dispostas), pelo que não se separa o homem do ser-no-mundo. “*El estar-en no se refiere a un espacial estar-el-uno-dentro-del-otro de dos entes que están-ahí, como tampoco el “en” originariamente significa en modo alguno una relación espacial de este género; “in” [en alemán] procede de innan - , residir, habitar, quedarse en; “an” significa: estoy acostumbrado, familiarizado con, suelo [hacer] algo; tiene la significación de colo, en el sentido de habito y diligo. Este ente al que le es inherente el estar-en así entendido, lo hemos caracterizado ya como el ente que soy cada vez yo mismo. El vocablo alemán “bin” [“soy”] se relaciona con la preposición “bei” [en], “en medio de”, “junto a”; “ich bin” [“yo soy”] quiere decir, a su vez, habito, me quedo en... el mundo como lo de tal o cual manera familiar. “Ser”, como infinitivo de “yo soy”, e.d. como existencial, significa habitar en..., estar familiarizado con... Estar - en es, por consiguiente, la expresión existencial formal del ser del Dasein, el cual tiene la constitución esencial del estar-en-el-mundo.*” (HEIDEGGER, 2008b, p. 63-64).

³⁴ **Mundo** em Heidegger pode ser considerado como o ambiente no qual todos os seres estão lançados, onde o homem se fenomeniza, se abre para as coisas e demais pessoas. Pode ser traduzido como a totalidade das coisas e pessoas quando assim são. Leva em consideração o ambiente que, em seu cotidiano, limita a possibilidade de significações possíveis para a vida humana. Não se é humano sem mundo. Para um indivíduo especificamente considerado, tudo que se

O **ser-com**³⁵ especifica que cada ser humano é no mundo com os demais de sua espécie, além das coisas. Aparece a noção do *alter* (*alter-ego*), pois uma pessoa virá a reconhecer na outra o que pode ocorrer com ela mesma. Daí invoca o **cuidado**³⁶ como estrutura fundamental da pessoa humana. Cuidado representa preocupação, planejamento, previsão, calcular, importar-se consigo e com os outros. É-se para si mesmo e é-se para/com os outros. “O ser humano tem de realizar em cultura o que lhe falta como natureza. Ele tem de criar para si mesmo o mundo-em-torno que lhe sirva.” (SAFRANSKI, 2005, p. 201).

apresenta em “seu” mundo, sejam coisas ou pessoas, serão entes intramundanos. Como esse mundo faz parte do próprio homem, ele determina existencialmente a pessoa, e cada pessoa determina o seu próprio mundo. *“Si el estar-en-el-mundo es una constitución fundamental del Dasein en la que éste se mueve no sólo en general, sino especialmente en el modo de la cotidianidad, entonces ese estar-en-el-mundo deberá ser experimentado ya desde siempre de una manera óntica. [...] “Mundaneidad” es un concepto ontológico que se refiere a la estructura de un momento constitutivo del estar-en-el-mundo. Ahora bien, el estar-en-el-mundo se nos ha manifestado como una determinación existencial del Dasein. Según esto, la mundaneidad misma es un existencial. Cuando preguntamos por el “mundo” desde un punto de vista ontológico, no abandonamos de ningún modo el campo temático de la analítica del Dasein. Ontológicamente el “mundo” no es una determinación de aquel ente que por esencia no es el Dasein, sino un carácter del Dasein mismo.”* (HEIDEGGER, 2008b, p. 68-73). Assim, o mundo não é uma coisa, o mundo faz-se mundo, mundifica-se na abertura do *Dasein*. ““Mundo” todavia, na expressão “ser-no-mundo”, não significa, de maneira alguma, o ente terreno, em oposição ao celeste, nem mesmo o “mundano” em oposição ao “espiritual” (*sic*), “Mundo”, naquela expressão, não significa, de modo algum, um ente e nenhum âmbito do ente, mas a abertura do ser.” (HEIDEGGER, 1991, p. 32). Para Paiva, “mundo quer dizer a mais alta representação de todos os fenômenos ou o conjunto de todos os objetos de uma existência possível. [...] O mundo não será uma simples denominação regional para indicar a comunidade dos homens na sua diferença da totalidade das coisas naturais, mas significa exatamente os homens em referencia ao ente na sua totalidade. (PAIVA, 1998, p. 115)

³⁵ Quando Heidegger indaga por quem é esse *Dasein*, ele conclui que é aquele ser que compreende a si mesmo, que se revela em sua cotidianidade, que *é-no-mundo* e que *é-no-mundo-junto-com-os-outros*. O **ser-com** vai expressar o existencial do compartilhamento do mesmo espaço público comum a todas as pessoas e coisas. No modo de ser com os outros *Daseins*, surge a preocupação, que se revela através do respeito ao *alter*, da compaixão, em suma, do cuidado, pois o homem assim é para os outros. *“Este existir también con ellos no tiene el carácter ontológico de un “co”-estar-ahí dentro de un mundo. El “con” tiene el modo de ser del Dasein; él “también” se refiere a la igualdad del ser, como un estar-en-el-mundo ocupándose circunspectivamente de él. “Con” y “también” deben ser entendidos existencial y no categorialmente. En virtud de este estar-en-el-mundo determinado por el “con”, el mundo es desde siempre el que yo comparto con los otros. El mundo del Dasein es un mundo en común [Mitwelt]. El estar-en es un coestar con los otros. El ser-en-sí intramundano de éstos es la coexistencia [Mitdasein].”* (HEIDEGGER, 2008b, p. 123). Paiva (1998) esclarece que esse ambiente do *Dasein* é mais propriamente explorado pela discípula Hannah Arendt. Safranski assume idêntica posição de que Arendt descobre a verdade do ser humano nas relações intersubjetivas, “nas tragédias e comédias da convivência humana, pois os homens mostram quem são agindo e falando, revelando ativamente a unicidade da sua identidade pessoal, e fazem assim a sua aparição no mundo humano.” (SAFRANSKI, *apud* PAIVA, 1998, p. 222).

³⁶ Para Heidegger (2008), o cuidado unifica todos os existenciais, portando-se como estrutura fundamental do *Dasein*. Quando autêntico, através do cuidado, preocupa-se o homem com as palavras, com os gestos, com o outro e com si próprio, de maneira providencial, sem, contudo, invadir as esferas de intimidades alheias, sem abandonar o próprio eixo.

O ser-com [estar-com] determina existencialmente o Dasein, mesmo quando um outro não é, de fato, dado ou percebido. Mesmo o estar-só do Dasein é ser-com no mundo. Somente *num* ser-com e *para* um ser-com é que o outro pode *faltar*. O estar-só é um modo deficiente de ser-com, e sua possibilidade é a prova disso. Por outro lado, o fato de se estar só não se elimina pelo fato de que um segundo exemplar de homem, ou ainda dez deles, estejam presentes “junto” a mim. O ser-com e a faticidade da convivência não se funda, por conseguinte, em um encontrar-se junto a vários “sujeitos”. Também o estar só “entre” muitos tampouco quer dizer, por sua parte, em relação com o ser desses muitos, que então eles somente estão-aí. Nesse estar “entre eles” eles *co-existem*; sua coexistência aparece no modo da indiferença e da estranheza. Faltar e “estar ausente” são modos da coexistência, e somente são possíveis porque o Dasein, em quanto é-com, permite que o Dasein dos outros compareça em seu mundo. Ser-com é uma determinação do próprio Dasein; a coexistência caracteriza o Dasein dos outros na medida em que esse Dasein é deixado livre para um coexistir no mundo daquele. O próprio Dasein só é coexistência na medida em que, tendo a estrutura essencial de ser-com, vem ao encontro de outros. (HEIDEGGER, 2008b, p. 125).³⁷

Assim, os bens patrimoniais se relacionam com as coisas de que o homem se apropria na busca de suas aspirações e necessidades. São um nada existencial e voltam-se para o nada do ente humano. São coisas que simplesmente estão no mundo, aí tendem a permanecer e situam-se fora da abertura humana. Tais bens não descobrem novos terrenos no homem.

Já os enunciados normativos definidores dos bens existenciais (direitos da personalidade e fundamentais) entregarão à pessoa critérios para que ela possa se entender e se averiguar no mundo, de acordo como age, e requerer tutela jurídica específica.

A pessoa não será, desta forma, análoga e limitada a um mero conceito jurídico que clausura outras das infinitas possibilidades de ser do homem. O sentido do ente humano é percebido quando se é de alguma maneira. Ele necessita do tempo, do cotidiano para se maturar, para se mostrar. Cada *Dasein* colherá as

³⁷ Tradução livre, porém com o apoio da tradução brasileira de Márcia Schuback (2008a), de: “*El coestar determina existencialmente al Dasein incluso cuando no hay otro que esté fácticamente ahí y que sea percibido. También el estar solo del Dasein es un coestar en el mundo. Tan sólo en y para un coestar puede faltar el otro. El estar solo es un modo deficiente del coestar, su posibilidad es la prueba de éste. Por otra parte, el hecho de estar solo no se suprime porque un segundo ejemplar de hombre, o diez de ellos, se hagan presentes “junto” a mí. Aunque todos éstos, y aún más, estén ahí, bien podrá el Dasein seguir estando solo. El coestar y la facticidad del convivir no se funda, por consiguiente, en un encontrarse juntos de varios “sujetos”. Sin embargo, el estar solo “entre” muchos tampoco quiere decir, por su parte, en relación con el ser de los muchos, que entonces ellos solamente estén-ahí. También al estar “entre ellos”, ellos co-existen; su coexistencia comparece en el modo de la indiferencia y de la extrañeza. Faltar y “estar ausente” son modos de la coexistencia, y sólo son posibles porque el Dasein, en cuanto coestar, deja comparecer en su mundo al Dasein de los otros. Coestar es una determinación del Dasein propio; la coexistencia caracteriza al Dasein de los otros en la medida en que ese Dasein es dejado en libertad para un coestar mediante el mundo de éste. El Dasein propio sólo es coexistencia en la medida en que, teniendo la estructura esencial del coestar, comparece para otros.*” (HEIDEGGER, 2008b, p. 125).

verdades que o ser em geral – coisas – mostra. Colherá a verdade do ser dos demais entes humanos como eles se mostram e se revelam, bem como a sua própria, de modo a constituir seu próprio mundo. Então, para entender esse homem heideggeriano, não se faz pertinente considerá-lo como um conceito ideal prévio, fechado; como objetivado pelo Direito. Faz-se imperioso permitir que cada pessoa (e o *alter*) possa se desvelar e se mostrar para o mundo onde (e como) ele acontece.

Assim, no aspecto existencial do ser humano, os enunciados normativos se posicionariam como um indicativo, um caminho pelo qual, percorrendo-o, a pessoa se mostra e se encontra. Nesse desvelar, o ser humano captará a atenção de tantos quantos dispositivos jurídicos se fizerem necessários, de acordo com que cada um experimenta no mundo.

Vale considerar, ainda, a impossibilidade, dado o horizonte temporal do homem, de se ter uma experiência humana que atraia a atenção simultânea de todo o sistema do Direito. Como o homem é na cotidianidade, a cada momento de sua vida, ele será, então, entendido de acordo com o que ele se mostra. Como exemplo – basta uma simples remissão a um caráter de ordem biológica – uma criança – ser humano – não atrai normas jurídicas dispostas no Estatuto do Idoso, sendo a recíproca correta. Quem não é autor, não atrai a tutela de um direito moral de autor, e nem por isso é mais ou menos ser humano que um autêntico autor de obras intelectuais.

Por isso, o ser humano se constitui, também, no mundo do Direito, através dos fenômenos³⁸ que experimenta em sua própria vida. Realizado no mundo, passa a ter vida e repercussão jurídica, de acordo com o que atrai de normas desse sistema.

Para Heidegger, o *Dasein*, num primeiro momento, fugindo à racionalidade pré-concebedora própria da tradição filosófica (*penso, logo existo*), num processo temporal, trará coisas e relacionamentos à tona de acordo com o que elas se mostram de si mesmas na faticidade. Num segundo momento, após verificar o que

³⁸ Na linha de raciocínio de Martin Heidegger, fenômeno será uma ação praticada em benefício de si mesmo, através da qual o ser se abre para o mundo, mostrando-se, iluminando-se. “La expresión griega *φαινόμενον*, a la que remonta el término “fenómeno”, deriva del verbo *φαίνεσθαι*, que significa mostrarse; *φαινόμενον* quiere decir, por consiguiente: lo que se muestra, lo automostrante, lo patente; *φαίνεσθαι* es, por su parte, la forma media de *φαίνω*: sacar a la luz del día, poner en la claridad. *φαίνω* pertenece a la raíz *φα* -, lo mismo que la luz, la claridad, es decir, aquello en que algo puede hacerse patente, visible en sí mismo. Como significación de la expresión “fenómeno” debe retenerse, pues, la siguiente: lo-que-se-muestra-en-sí-mismo, lo patente.” (HEIDEGGER, 2008b, p. 38).

foi colhido, o que fora percebido e identificar esse fenômeno revelador do ser do *Dasein*, esse poderá formular uma proposição para determinar ou delimitar o que, em verdade, aquela coisa ou aquela pessoa de fato é. O significado de algo, ou mesmo de alguém, dependerá das maneiras pelas quais essa coisa ou pessoa se mostra ao mundo e se fenomeniza no mundo.

Uma cidade oferece uma vista grandiosa. A vista que um ente tem de si e que por isso pode oferecer de si mesmo, pode ser encarada deste ou daquele ponto de vista. De acordo com a diversidade do ponto de vista varia a vista que assim se oferece. [...] Na experiência e atividade com o ente, formamos constantemente visões de seu aspecto. Muitas vezes tais visões se formam sem que examinemos cuidadosamente as coisas em si mesmas. (HEIDEGGER, 1966, p. 166)

Nesse sentido, segundo Paiva (1998), Heidegger vai superar a visão racional e reducionista do mundo que conduziu, desde Platão a Descartes, toda a compreensão do mundo e do ser humano a um idéia pré-concebida (Platão) ou do tecnicismo (cartesiano). Isso porque tais modelos metafísicos, por mais que enraizados por toda a cultura ocidental, não permitem que as coisas e pessoas se revelem como efetivamente são, posto que, para tudo e para todos, existe um conceito prévio, uma ideia prévia (pré-posição) que guia o entendimento sobre aquilo que é um foco de análise.

Nós costumamos definir como verdadeiros os nossos juízos sobre as coisas e fatos da realidade, quando coincidem efetivamente com a situação. Um juízo é verdadeiro quando aquilo que pretende e diz se adéqua com a coisa sobre a qual se exprime. [...] A verdade é, pois, no sentido corrente da palavra, a coincidência da coisa com o pensamento e do pensamento com a realidade. O verdadeiro, seja tratando-se de uma coisa ou de uma proposição, é aquilo que permite o acordo, que realiza o acordo. (PAIVA, 1998, p. 139).

Para Heidegger, o sentido temporal do homem é o cuidado consigo mesmo ou ainda a ocupação que realiza cotidianamente sobre as coisas que estão no mundo. Ou se preocupa com as pessoas ou se ocupa das coisas, na busca das satisfações dos interesses inerentes a cada pessoa. Não se é sozinho, ao contrário, o homem é com os outros, para os outros e para si mesmo. Nesse sentido, o mundo, para Heidegger, lócus no qual ocorrem todos os fenômenos de desvelamento dos entes que aí estão, é um mundo público, é sempre aquele mundo que é compartilhado com os outros, com as outras experiências de vida. O mundo é

um comundo. O outro é sempre também um *Dasein* e tem, também, o mesmo modo de ser-no-mundo. Daí surgem simpatias, empatias, sentimentos que aproximam ou distanciam as pessoas entre si. As disposições afetivas que cada pessoa carrega é mais um elemento da experiência individual que é colhida nesse mundo conjunto de todas as pessoas.

Cada pessoa será assim interpretada pelas demais, tal como ocorrerá com as coisas que se mostram no mundo. A interpretação dos direitos essenciais da pessoa humana necessita, então, dessa fenomenologia (processo de desvelamento)³⁹ para, a partir da análise do ser (sendo), formar-se uma proposição jurídica de acordo com os catálogos legais que estipulam pré-compreensão tanto do mundo, quanto das pessoas (direitos essenciais) ou das coisas que se apresentam. O *Dasein* colhe informações sobre o ser, integra a informação à pré-compreensão que tem sobre o mundo, sobre a coisa, ou sobre a matéria em análise para, daí, concluir e postular a verdade sobre aquela coisa/pessoa. Algo teve que estar dado no mundo e disponível para que se realizasse tal pré-compreensão, para alfin, ser interpretada. Aí as coisas desenvolvem, pela visão intelectual do *Dasein*, um sentido, que o guiará à verdade sobre aquilo que analisou, a ponto de formar uma proposição factível e indestrutível sobre a coisa/pessoa.⁴⁰

³⁹ Convém reforçar o entendimento sobre a fenomenologia e o método fenomenológico. “A fenomenologia como qualquer outro filosofar, consistia na busca pela verdade. No entanto, o ordenamento para as *próprias coisas* caracterizava a atitude fenomenológica como decisão de deixar os próprios fenômenos se manifestarem, de pôr-se diretamente à escuta da mensagem do ente em vez de enquadrá-lo em categorias pré-fabricadas ou de construir teorias, sem o apoio nos próprios fenômenos, dando-as em seguida como o sentido das coisas. Ora a nova aspiração a deixar os fenômenos anunciarem, por si mesmos, o seu sentido, entendida radicalmente, implica que a verdade, meta de todo perquirir filosófico, não significa senão aquilo que os gregos chamavam de alethéia, o desocultamento. (PAIVA, 1998, p. 52). (Grifos do autor). “O método fenomenológico se impôs como o método da filosofia, como o jeito de filosofar a partir dos fenômenos, do que aparece, do modo a <superar a metafísica> e construir a ontologia, sobretudo através da componente hermenêutica. Assim a fenomenologia em Heidegger transita entre o transcendental e o factual-existencial. (PAIVA, 1998, p. 62).

⁴⁰ Heidegger fala sobre a **verdade** de modo diverso à tradição filosófica de cunho platônica-aristotélica-cartesiana. O conceito tradicional da verdade liga-se a uma idéia de concordância com um juízo ou proposição e o respectivo objeto da análise. Essa noção de verdade como adequação, enraizado no pensamento ocidental, é o utilizado quando se diz, por exemplo, que *a terra é redonda*. Credita-se verdade à proposição que reflete o juízo. Parte-se de uma idéia pré-concebida e adequa-se a ideia (ser redonda, como a bola, a esfera) ao objeto da análise (planeta terra). Heidegger vai dizer que essa ‘verdade tradicional’, desde Platão, não equivale a um entendimento originário sobre o tema, pois não permite conhecer e iluminar a realidade. “*Tres son las tesis que caracterizan la concepción tradicional de la esencia de la verdad y la opinión vigente acerca de su primera definición: 1. El “lugar” de la verdad es el enunciado (el juicio). 2. La esencia de la verdad consiste en la “concordancia” del juicio con su objeto. 3. Aristóteles, el padre de la lógica, habría asignado la verdad al juicio, como a su lugar originario, y puesto en marcha la definición de la verdad como “concordancia”. [...] La caracterización de la verdad como “concordancia”, adaequatio, ὁμοίωσις, es muy general y vacía.*” (HEIDEGGER, 2008b, p. 214). Em sentido diverso, conforme explanou Paiva

Assim, as proposições jurídicas encerradas nos catálogos definidores de direitos da personalidade e de direitos fundamentais não mostram de antemão a verdade da pessoa humana. São condições e critérios de pré-compreensão⁴¹ da

(1998), a verdade originária não está no juízo, está no desocultamento, no desvelamento, na revelação, no ser-descoberto e no ser-descobridor. É outro existencial do Dasein, pelo qual se compreende o ser em geral. Assim, verdade será o que se revelou daquele ente, do *Dasein* ou de uma coisa. E, nesse sentido, primeiramente cabe ao homem colher o desvelar das coisas e dos demais, para daí, e em conjunto com seu prévio entendimento do mundo, das coisas e das pessoas, propor analiticamente a verdade sobre aquele ser. Em Platão e na tradição, as ideias pré-concebidas, ou seja, a pré-compreensão do mundo, das coisas e das pessoas têm maior peso que o desvelamento. A ideia, por ser principal, torna-se uma proposição verdadeira. (A terra é azul). A tradição moderna aguça o senso platônico e conduz o entendimento sobre a verdade ao patamar de certeza, posto que é tudo originário da racionalidade humana. A certeza coloca-se ao arbítrio de um sujeito, da experiência subjetiva individual. Nas palavras de Heidegger, *“Toda interpretación que interponga aquí cualquier otra cosa, a la que el enunciado meramente representativo hubiera de referirse, adultera el contenido fenoménico acerca de aquello sobre lo cual recae el enunciado. El enunciar es un estar vuelto hacia la cosa misma que es. ¿Y qué es lo que se evidencia mediante la percepción? Tan sólo esto: que lo que percibo es el mismo ente al que se refería el enunciado. Se comprueba que el estar vuelto enunciante hacia lo enunciado es una mostración del ente, que el enunciado descubre el ente hacia el que está vuelto. Se evidencia el carácter descubridor del enunciado. En el proceso evidenciante el conocer queda referido únicamente al ente mismo. Es en este mismo, por así decirlo, donde se juega la comprobación. El ente mismo se muestra tal como él es en sí mismo, es decir, que él es en mismidad tal como el enunciado lo muestra y descubre. No se comparan representaciones entre sí, ni tampoco en relación a la cosa real. Lo que ha de evidenciarse no es una concordancia del conocer y el objeto, ni menos aun de lo psíquico y lo físico, pero tampoco es una concordancia de “contenidos de conciencia” entre sí. Lo que necesita ser evidenciado es únicamente el estar descubierto del ente mismo, de él en el cómo de su estar al descubierto. Este estar al descubierto se comprueba cuando lo enunciado, esto es, el ente mismo, se muestra como el mismo. Comprobación significa lo siguiente: mostrarse del ente en mismidad. La comprobación se realiza sobre la base de un mostrarse del ente. Esto sólo es posible si el conocimiento enunciator y autocomprobatorio es, por su propio sentido ontológico, un estar vuelto descubridor hacia el ente real mismo. Que el enunciado sea verdadero significa que descubre al ente en sí mismo. Enuncia, muestra, “hace ver” (ἀπόφανσις) al ente en su estar al descubierto. El serverdadero (verdad) del enunciado debe entenderse como un ser - descubridor. La verdad no tiene, pues, en absoluto, la estructura de una concordancia entre conocer y objeto, en el sentido de una adecuación de un ente (sujeto) a otro (objeto).”* (HEIDEGGER, 2008b, p. 216-217). Para Paiva (1998), a verdade fenomenológica tem caráter central na totalidade da obra de Heidegger. Ser e verdade são co-originários e “a busca da essência da verdade visa superar a particularização inautêntica da idéia de verdade: verdade de ordem econômica, técnica, política, científica, etc, e restituir-lhe o significado originário.” (PAIVA, 1998, p. 138).

⁴¹ Gadamer (2002) exalta que, na obra de Heidegger, *compreensão* é o modo de ser do Dasein fincado no aspecto histórico, no conhecimento histórico das coisas. Mantendo em vista a coisa, ou mesmo o texto, o interprete realiza, desde seu primeiro contato, um projetar de sentidos efêmeros que se substituirão por outros mais elaborados, “conforme se avança na penetração do sentido.” (p. 402). A espiral hermenêutica promove o envio e reenvio de informações na construção da verdade sobre a coisa ou texto. Compreender significa interpretar, fenômeno que começa “com conceitos (*sic*) prévio que serão substituídos por outros mais adequados. Justamente todo esse constante reprojetar, que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar, é o que constitui o processo que Heidegger descreve. Quem procura compreender está exposto a erros de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas.” (p. 402). A compreensão confirma, assim, uma opinião prévia sobre alguma coisa. “A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicial, não são arbitrarias.” (p. 403). Então, para Gadamer (2002), a pré-compreensão é “uma opinião prévia de conteúdo com as quais lemos os textos.” (p. 404). Por isso mesmo, segundo o autor, “aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à casualidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar [...] a opinião do texto.” (GADAMER, 2002, p. 405). Nessa linha, *pré-conceito* quer dizer “um juízo que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes, segundo a coisa. [...] Preconceito não significa pois, de modo

expressão existencial de cada pessoa as quais levarão, em cada experiência, à verdadeira proposição daquele indivíduo, de acordo com que ele se mostrou de si mesmo. Não há uma concordância prévia entre o juízo (objeto) e o sujeito da análise – homem. Este deve se comprovar na experiência de sua própria vida. O Direito tutela a pessoa humana em seu aporte existencial em face desse seu desocultamento e do que ele revela para o mundo. Como afirmado alhures, não se pode pressupor que todo ser humano faz jus a um direito moral de autor. Apenas aquelas pessoas que se revelaram autoras captarão para si esse modelo de pré-compreensão jurídica e serão tuteladas nesse sentido. Somente decorrido esse processo é que se afirma que o postulado será verdadeiro: fulano possui direitos autorais.

Em contrapartida, o que ficou escondido em uma pessoa não será sequer observado e nunca será revelado, o que equivale ao nada metafísico. O que não fora revelado, o que não fora captado pelo alheio, será, como ensina Paiva (1998), uma não-verdade. Sobre esse nada existencial, nunca poderá ser formalizada uma proposição que defina aquele ser. De outro lado, dada a infinitude de possibilidade de cada indivíduo e mesmo das coisas, a totalidade de um ente nunca será revelada. Apenas aspectos de seu sendo-o-ente (ser) serão revelados. Daí chegar-se ao consenso, em Heidegger, de que não existe uma verdade absoluta, pois não se pode colher tudo o que um ente é. Além de autor de uma obra intelectual, por exemplo, essa pessoa revelará de si tantas outras situações e tem sua vida inteira para fazê-lo. Por óbvio, não o fará, ou não o fez de modo permanentemente

algum, falso juízo, pois está em seu conceito que ele possa ser valorizado positivamente ou negativamente.” (GADAMER, 2002, p. 407). Até esse ponto, as pré-compreensões são de ordem estritamente subjetiva, pois determinados pela vivência do indivíduo e seus juízos, que refletem a historicidade de seu ser. (p. 416). A partir, então, de critérios jurídicos predeterminantes, a pessoa se construirá no cenário jurídico de acordo com o que ela desvelou de si, no mundo, na sociedade, sempre como um processo construtivo, e não repetitivo. A investigação ontológica que se procede a partir dos direitos essenciais da pessoa é, assim, um modo possível de interpretação. Segundo Heidegger, “toda interpretação possui sua posição prévia, visão prévia e concepção prévia. No momento em que, enquanto interpretação, se torna tarefa explícita de uma pesquisa, então o conjunto dessas “pressuposições” [...] necessita de um esclarecimento prévio que, numa experiência fundamental, assegure para si o “objeto” a ser explicitado. Uma interpretação ontológica deve liberar o ente na constituição de seu próprio ser. Para isso, vê-se obrigada, numa primeira caracterização fenomenal, a conduzir o ente tematizado a uma posição prévia pela qual de deverão ajustar todos os demais passos da análise. Estes, porém, devem ser orientados por uma possível visão previa do modo de ser dos entes considerados. Posição prévia e visão previa, portanto, já delineiam, simultaneamente, a conceituação (concepção prévia) para a qual se devem dirigir todas as estruturas ontológicas.” (2008a, p. 304).

O mecanismo da compreensão atua de modo que todo compreender acaba sendo um compreender-se, pois “[...] aquele que “compreende” um texto (ou mesmo uma lei) não somente projetou-se a si mesmo a um sentido, compreendendo – no esforço de compreender – alcançada apresenta

congruente durante toda sua existência. O modelo racional cartesiano concebe essa possibilidade de verdades absolutas mesmo quando aplicado ao mundo do Direito.

Sobre essa temática, Cordeiro manifesta que “a descoberta da pré-estrutura do entender deve-se a Heidegger.” (2007, p. 37). Testificando em direção a uma superação do positivismo, explica que:

A consideração do Direito como modo de solucionar casos concretos, já justificada, constitui um cerne imprescindível, do qual, aos poucos surge uma consciência [a de ciência virada para a prática]. Não há outra forma de superar o irrealismo metodológico. No domínio hermenêutico, sobressaem os fenômenos do pré-entendimento e do círculo ou espiral do pensamento. No campo funcional sobressaem as unidades pré-visão-estatuição e interpretação-aplicação, enquanto as concepções teleológicas das normas, elas próprias, já, uma superação do conceitualismo tradicional, devem ser complementadas pelas estruturas de um discurso sinéptico, dirigido ao ponderar das conseqüências da decisão, numa linha de consenso. [...] A idéia de pré-entendimento põe a nu a realidade hermenêutica. Perante um texto, o sujeito cognoscente apreende-o por conhecer, de antemão, a matéria nele tratada e a linguagem que a carrega. O sentido final do texto surge como produto do encontro das prefigurações do intérprete com o material percebido, reintegrado no seu espírito. É o círculo, ou melhor, espiral hermenêutica, uma vez que o sujeito terá que efectuar tantas idas e regressos, quanto os necessários para integrar pré-entendimento e entendimento. No Direito, o círculo hermenêutico está na relação das colocações de problemas com as respostas, no entendimento de normas, portanto, facto de que, sem pré-julgamento sobre a necessidade de ordenação e a possibilidade de solução, a linguagem da norma não poder, de todo em todo, dizer o que é perguntado: a solução ajustada. Estas considerações, evidentes, depois de formuladas, dão um lugar significativo aos aspectos históricos interrompidos durante o iluminismo: pelo seu peso no pré-entendimento, reabilita-se a tradição – a experiência, no domínio da aplicação jurisprudencial – num fenómeno a ter presente, para a limpidez da consciência científica. O processo de aprendizagem mostra, a nível de decisão, o seu papel fundamental, no modelar do pré-entendimento, enquanto a interpretação assume, de vez, o aspecto activo da comunicação entre o sujeito e a fonte. O fenómeno no pré-entendimento jurídico não se queda pelo apreender de textos: a detecção dos problemas carecidos de regulação – é, em grande parte, obra dos pré-julgamentos do intérprete-aplicador. [...] A unidade da previsão e da estatuição normativas e a inseparabilidade das clássicas interpretação e aplicação, no processo jurídico decisório, conectam-se com o relevo do caso concreto e com a temática do pré-entendimento. Face a uma fonte, o sujeito dirige-lhe uma interrogação real, em termos problemáticos, visando, com consciência ou sem ela, encontrar uma resposta para um caso, ainda que hipotético. Interpretar é decidir esse caso. Tudo joga: o caso e a norma, o pré-entendimento de ambos, a vontade constituinte, o círculo e a solução. (CORDEIRO, 2007, p. 37-38).

No pensamento heideggeriano, o *Dasein* apreende, interpreta e, em seguida, discursa. Ele pensa porque pensar é uma das formas dele ser, dele se mostrar e se desvelar. Ao contrário, no pensamento cartesiano, o homem que pensa e portanto, existe, discursa diante das verdades pré-estabelecidas (normas jurídicas), porque

todas as verdades e todas as proposições são frutos de uma razão que, incondicionalmente, reduz tudo a um estado da técnica, das ideias, ideais e conceitos, da lógica formal.

2.5 A pessoa humana como centro do ordenamento jurídico e sua tutela desde a Constituição Federal de 1988

Em seu aspecto existencial, o homem se encontra, na linha debatida na presente pesquisa, pré-concebido no Estado democrático de Direito pelos catálogos definidores de direitos fundamentais constitucionais e direitos da personalidade privados.

Em termos dogmáticos, pessoa é um centro de imputação de normas jurídicas. [...] Na base dos institutos ligados à pessoa, encontram-se as situações jurídicas de personalidade, a entender como as que, de modo directo, se prendam a bens de personalidade, quer impondo condutas que lhes digam respeito (deveres de personalidade) quer permitindo o seu aproveitamento (direitos de personalidade). (CORDEIRO, 2005, p. 372).

Como dito alhures, vários são os componentes que se integram na ideia de pessoa. No plano empírico, tomam-se fatores de ordem biológica, psicológica e sociológica. Filosoficamente, a abordagem dirige-se “à essência da pessoa individual, cujos elementos característicos seriam a mesmidade e unicidade.” (BARBOSA, 2006, p. 252). A pessoa é, então, o misto de elementos genéticos, étnicos, etários. Agregam-se nela fatores psicológicos tanto constituintes quanto adquiridos. É um complexo de experiências racionais, sociais e culturais. “Todos esses componentes combinam-se singularmente em cada indivíduo e, embora modificando-se incessantemente ao longo do tempo, não afetam a Pessoa em sua mesmidade” (BARBOSA, 2006, p. 252).

Consoante posicionamento colhido de Robles (2005), pode-se aduzir que a tutela da dignidade da pessoa humana, nestes tempos, torna-se o fundamento do Estado democrático de Direito, juntamente com a asseguaração dos direitos fundamentais⁴² esculpidos no texto constitucional, anotando-se, ainda, que o “fato de

⁴² Para Robles, os direitos fundamentais “são autênticos direitos subjetivos que o ordenamento

estarem situados na máxima hierarquia normativa inspira o restante do ordenamento.” (ROBLES, 2005, p. 8.).

Para Barbosa (2006), a pessoa é agora tratada como categoria central do direito público e privado, situando-se no ápice da tenda jurídica, devendo-lhe subserviência o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado. Os direitos fundamentais são os que, corporificados na Constituição, traduzem padrões éticos (morais e jurídicos) de condutas mais que universalizados. Uma vez juridicizados, esses *standards* impregnam a pessoa, na medida em que o próprio ordenamento jurídico a esta considerada como *centro de imputação de normas jurídicas*, de acordo com a faticidade individual.

Esse entendimento se completa nas palavras de Estrada (2000), quando relata sobre a eficácia direta dos direitos fundamentais entre particulares:

Todos os participantes na relação são sujeitos de direito privado e por conseguinte detentores de direitos fundamentais, razão pela qual estes desdobram seus efeitos de um modo tal que resulta protegida uma das partes frente a outra, o que pode significar simultaneamente uma limitação da liberdade fundamental do outro sujeito interessado. Os direitos fundamentais atual então a uma como direitos e como poderes para quem quiser intervir numa relação de direito privado. (ESTRADA, 2000, p. 88-89, tradução nossa).⁴³

Nessa esteira, Lorenzetti (1998) atribui à pessoa um feixe de direitos que a coloca como articuladora tanto do sistema constitucional quanto do sistema privado. “Normas constitucionais protetivas da pessoa aplicam-se ao Direito Privado e os direitos personalíssimos jusprivatistas adquirem significado constitucional.” (LORENZETTI, 1998, p. 159).

Ocorre segundo Cordeiro (2005), uma “penetração civil dos direitos fundamentais” (p. 372) que conduz a uma eficácia civil destes direitos. Essa “penetração dogmática” se dá, ou de forma direta, quando esses princípios⁴⁴ e

jurídico distingue dos direitos subjetivos ordinários mediante tratamento normativo e processual privilegiado. Os direitos fundamentais são direitos subjetivos privilegiados” (que reconhecem internamente em um Estado direitos humanos, que são critérios morais de especial relevância para a convivência humana. (ROBLES, 2005, p. 7-8).

⁴³ “*Todos los participantes en la relación son sujetos de derecho privado y por consiguiente detentadores de derechos fundamentales, razón por la cual éstos despliegan sus efectos de un modo tal que resulta protegida una de las partes frente a la otra, lo que puede significar simultáneamente una limitación de la libertad fundamental del otro sujeto interesado. Los derechos fundamentales actúan entonces a una como derechos y como deberes para quienes intervienen en una relación de derecho privado.*” (ESTRADA, 2000, p. 88-89).

⁴⁴ Lorenzetti, citando Bobbio, aponta, no entendimento da doutrina atual, o reconhecimento de princípios como normas. Conclui que “os princípios como normas são fundamentais quando estão

direitos fundamentais transitam livremente entre o texto constitucional e a decisão cível, ou indiretamente, quando, para sua concretização, faz-se necessário uso de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, através de ação decisiva dos tribunais ou, ainda, pela atuação legislativa infraconstitucional.

Voltando-se à Lorenzetti:

O grupo de direitos fundamentais atua como um núcleo, ao redor do qual se pretende que gire o Direito Privado; um novo sistema solar, no qual o Sol seja a pessoa. Não se trata de uma mera comprovação fática ou de uma instauração legal passiva, mas sim de um verdadeiro princípio ativo. (LORENZETTI, 1998, p. 145).⁴⁵

Esse princípio ativo defendido pelo autor argentino ganha efetividade nas palavras de Robles (2005), que defende a duplicidade de caráter da dignidade da pessoa humana, neste paradigma de personalização (ou repersonalização) do Direito.

A idéia (*sic*) de dignidade da pessoa tem dois aspectos inseparáveis. O primeiro, *ad intra*, é a pessoa em si mesma como valor, que se traduz no respeito para consigo e na indisponibilidade da própria pessoa, que nunca pode se transformar em meio. Neste sentido [...] sua dignidade lhe exige submissão aos valores que sua própria consciência tem que elaborar como objetivos. [...]. O segundo aspecto da dignidade do homem é o aspecto *ad extra*, que deriva do primeiro: consiste no reconhecimento, por parte dos outros, da dignidade que é inerente ao homem como pessoa. Todo ser humano [...] é um valor em si mesmo que, portanto, não pode ser usado nem instrumentalizado, transformando-se em objeto ou em meio. (ROBLES, 2005, p. 124-125).

Recebe a pessoa humana, através de uma cláusula geral de tutela (art. 1º, III da Constituição Federal de 1988), quando aliada ao elemento empírico, direitos subjetivos fundamentais constitucionais (direitos fundamentais) e outros tantos subjetivos ordinários privados (direitos da personalidade), todos essenciais para a defesa da personalidade e da própria dignidade, enquanto bem jurídico. Em outras palavras, o bem jurídico representado pela dignidade se encontra pré-traduzido, pré-

reconhecidos em uma das fontes (de direito) e são suscetíveis de argumentação” (LORENZETTI, 1998, p. 316-318).

⁴⁵ O autor afirma categoricamente que “a Constituição é uma norma jurídica”, e “por esta razão, a Constituição é fonte de Direito Privado, não só enquanto fonte imediata, mas enquanto contém disposições que estão dirigidas aos cidadãos, e tem operatividade direta. Por isso tem-se afirmado que a Constituição é uma lei positiva que pode ser alegada nos tribunais. [...] É fonte de regras de direito privado que tem uma importância fundamental, já que condicionam o legislador, o juiz e muitas delas são invocadas pelas partes, podem ter uma eficácia direta ou ser de gozo indireto.” (LORENZETTI, 1998, p. 254-258).

determinado, enraizado e positivado nas diversas normas jurídicas que tutelam e pré-concebem juridicamente o ser-existencial da pessoa.

2.6 Considerações finais

Heidegger (2002) aponta que o *ser*, e não o ente será o verdadeiro responsável pela apreensão e colhimento das impressões que levam a pessoa humana a determinar suas escolhas e manifestações. As relações sociais situam-se no universo do *ser*, quando ele é-no-mundo. A concepção de Heidegger indica um caminho para o desvelamento do indivíduo (de um ente) a partir do que seu ser entrega ao mundo, lócus em que se encontram todas as experiências individuais. O mundo então reflete a história de todas as pessoas. É o ambiente ao qual o Direito tem por função a de pacificar expectativas pessoais.

Afirma Fachin (2003) que é inegável reconhecer a necessidade de uma profunda transformação no conceito de sujeito de direito, que nuclear na teoria geral do Direito Civil.

O presente capítulo procurou mostrar que uma nova forma de visitar o instituto da personalidade jurídica, a partir da clássica noção *in casu*, trilhada por autores como Descartes, Jhering e Kelsen, se faz necessário para que o Direito seja efetivado e exercido na forma requerida pelo Estado democrático de Direito. A visão clássica, mecanicista e liberal da personalidade humana desumanizou o direito, porquanto fragmentou e relegou a pessoa apenas aos mandamentos do ordenamento jurídico privado, como mero suporte formal de direitos e deveres que predeterminavam a verdade ôntica do homem.

Assim, em Kant, o homem se viu livre para exercer sua autonomia privada de forma ilimitada, uma vez que a tutela da dignidade ainda não pertencia ao campo do Direito. A coação externa exercida pelo Direito atingia eminentemente situações patrimoniais. A crise se agrava em Kelsen, pois a pessoa humana, que timidamente edificava seu catálogo de direitos fundamentais, se via alijada em sua humanidade kantiana diante das relações jurídicas, porque era considerada apenas um suporte para análise jurídica da sua conduta e porque a defesa da esfera íntima da pessoa se dava no campo da ética e de outros subsistemas sociais, de maneira especial o

religioso de base católica.

Infere-se, daí, que a Constituição Federal de 1988 humanizou o direito. Quanto aos vetores constitucionais, notadamente os princípios e garantias fundamentais, significa dizer que se faz contínua a “presença da Constituição em todos os momentos do exercício do direito” (STEIN, 2003, p 13), o que a integra no “modo de ser-no-mundo de qualquer cidadão” (STEIN, 2003, p 15). Stein (2003) coloca, ainda, que o efetivo acontecer da Constituição se dará no momento em que ela deixar de existir apenas como ferramenta e começar a ser operacionalizada na autocompreensão diária de todo intérprete do Direito.

Na órbita constitucional, o Direito atribui à pessoa proteção à sua individualidade e à sua liberdade, estabelecendo verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Em outros pontos do ordenamento jurídico normas são traçadas em prol da tutela do ser humano, como os direitos da personalidade, os consumeiristas, os autorais, da criança e do idoso, tudo redundante à sua dignidade.

O sistema do direito entrega ao mundo várias formas de se pré-compreender a pessoa, dentro desse horizonte de interpretação. A pessoa, por conseguinte, é, no mundo do direito, um espelho desses direitos incondicionais que a predeterminam, de acordo com que ela revela ao mundo. Como salienta Cruz (2007), a dignidade “[...] da pessoa humana não é (*sic*) concebido como um padrão substancial aprioristicamente definido, mas como um meio de construir uma solução para um problema moral concreto.” (CRUZ, p. 313).

3 DIREITOS ESSENCIAIS

A pesquisa mostrará que é perfeitamente aceitável classificar, à orientação de De Cupis (2002), os direitos fundamentais e direitos da personalidade como direitos essenciais da pessoa humana. Seus enunciados normativos deverão orientar a pré-compreensão jurídica do indivíduo de acordo com o seu desvelamento e desempenho social e pessoal, sempre em busca de sua dignidade, bem como da preservação da alheia. A verdade jurídica da pessoa encerra-lhe, alfim, a tutela que lhe fizer jus.

Direitos da personalidade e direitos fundamentais sustentam de modo perene, os pilares da construção e interpretação jurídica da pessoa. O *centro de imputação de normas jurídicas* captará a incidência desses dispositivos jurídicos, emanados tanto a Constituição quanto do Código Civil, bem como de outros microssistemas jusprivados.

3.1 Direitos da personalidade

Conforme Bittar (2006), os bens jurídicos tutelados pelos direitos subjetivos de personalidade⁴⁶ se dividem em três categorias. Nos de ordem *física*,

⁴⁶ A tradicional doutrina alemã e francesa da segunda metade do século XIX hesitou, segundo resenha Tepedino (2004), quanto ao reconhecimento dos direitos da personalidade. Isto porque surgiram questões acerca da natureza e matéria da então nova categoria de direito subjetivo. Tepedino (2004) cita como os que refutaram a existência dos direitos da personalidade, dentre outros, Roubier, Savigny, Jellinek, Unger; ao passo que tentavam enquadrar os direitos existenciais e analisá-los da mesma maneira que os direitos patrimoniais. Assim, restava incompatível a noção de um direito subjetivo da personalidade, pois se poderia, como em Savigny, fundamentar o suicídio e a automutilação, que refletia a preocupação com a possibilidade de disposição desses direitos. A noção de individualismo e patrimonialismo, de tão exacerbada, filtrava a visão do homem liberal para entender-se enquanto titular de uma outra ordem de direitos e obrigações. Para os citados autores, os direitos da personalidade seriam “meros reflexos do direito objetivo, donde ser concedida em certa proteção jurídica a determinadas radiações da personalidade.” (TEPEDINO, 2004, p. 26). Consequentemente, faltaria ao “titular” do direito da personalidade a “*facultas agendi*”, retirando-lhes, v.g., o caractere de poder de tutela. Ocorria também que, ao se aplicar a teoria dos direitos patrimoniais aos direitos essenciais do homem, restaria que o objeto do direito seria o próprio homem, ao ponto de confundirem-se o elemento objetivo com o subjetivo da relação jurídica, restando tudo ilógico e irracional, segundo o paradigma da época. Em ponto de vista diverso, entendendo-se a humanidade que cada um carrega em si, ou seja, a personalidade, como o conjunto existencial da pessoa humana que traduz valores dignos de tutela, portanto, bens jurídicos, abrem-se as portas para a compreensão desses bens jurídicos como autênticos direitos subjetivos, da personalidade,

compreendem-se a vida, o corpo, as partes do corpo, o físico, a efígie, a voz, o cadáver, a locomoção. Quanto aos intelectuais ou *psíquicos*, tem-se as liberdades de expressão, culto, credo, a higidez psíquica, a intimidade, os segredos. No âmbito *moral*, há que se falar em reputação, dignidade pessoal, direito moral de autor, sepulcro, nome, aí compreendidos outros elementos de identificação. Esses direitos morais correspondem às qualificações da pessoa em razão de sua conceituação perante a sociedade.

Uma vez que existentes como direitos essenciais⁴⁷ da pessoa, referem-se aos atributos que lhe são inerentes e, portanto, irrenunciáveis⁴⁸. Para Bittar, jusnaturalisticamente,

são aqueles direitos essenciais, vitalícios e intransmissíveis, em regra, necessários e oponíveis *erga omnes*, que têm posição singular no âmbito do direito privado, por protegerem valores inatos, ou originários, da pessoa humana. (BITTAR, 2006, p. VII).

De acordo com a topografia onde se assentam, assumem caráter de direitos subjetivos privados, ou ainda, de direitos fundamentais da personalidade, quando

pois. Nesse sentido, Orlando Gomes encerra: “Em direito, toda utilidade, material ou não, que incide na faculdade de agir do sujeito, constitui um bem, podendo figurar como objeto de relação jurídica, [...]. Nada impede, em consequência, que certas qualidades, atributos, expressões ou projeções da personalidade sejam tuteladas pelo ordenamento jurídico, como objeto de direito de natureza especial [...]” (GOMES *apud* TEPEDINO, 2004, p. 30). Ferrara, segundo Tepedino (2004), aduz que os direitos da personalidade são “aqueles que têm por objeto a própria pessoa do sujeito, considerada em seu todo, ou em alguns aspectos, prolongamentos, ou projeções da mesma.” (FERRARA *apud* TEPEDINO, 2004, p.30). Essa corrente, da qual De Cupis é expoente, em sua dissertação, aceita que o objeto do direito da personalidade seja o próprio homem.

⁴⁷ Amaral coloca que os direitos de personalidade “são direitos subjetivos que têm por objeto bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual. (AMARAL, 2006, p. 243). De Cupis (2004) assinala que todos os direitos que se destinam a dar conteúdo à personalidade são chamados de direitos da personalidade, direitos, pois, subjetivos cuja função é especial, uma vez que carregam e constituem um mínimo necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Por isso mesmo, conforme Souza (2001) possuem formas especiais de tutela, quando violados, ou mesmo quando sofrerem ameaça de lesão. Nesse diapasão, citam-se o dano moral (art. 5º, X, da Constituição Federal), a tutela específica e a tutela antecipada.

⁴⁸ É da letra do Código Civil Brasileiro: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.” (BRASIL, 2002). Bittar lembra que “certos direitos da personalidade acabaram ingressando na circulação jurídica, admitindo-se ora a sua disponibilidade, exatamente para permitir a melhor fruição por parte de seu titular, sem, no entanto, afetar-lhe seus caracteres intrínsecos.” (BITTAR, 2006, p. 12). Tal ocorre com o vértice patrimonial do direito de autor, com a imagem e arena. Com isso, infere-se que alguns direitos de personalidade possuem um viés patrimonial, explorável, flexibilizando o critério da indisponibilidade. Passa-se, assim, a considerar os direitos da personalidade não como irrenunciáveis ou intransmissíveis, mas como relativamente renunciáveis e relativamente transmissíveis. Tepedino também alavanca tal discussão quando trata da “licitude dos atos lesivos aos direitos da personalidade praticados com o consenso do interessado.” (TEPEDINO, 2004, p. 34).

estipulados no corpo da Constituição Federal⁴⁹. Dentre os privados, podem ser citados os do Código Civil Brasileiro⁵⁰ e os que são carreados no Estatuto da Criança e do Adolescente⁵¹ e no Estatuto do Idoso⁵².

⁴⁹ A começar pela cláusula geral de tutela da pessoa humana, delineada no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

⁵⁰ Do **Código Civil Brasileiro**, extraem-se os dispositivos que determinam os direitos especiais da personalidade: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo. Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome. Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.” (BRASIL, 2002).

⁵¹ Do **Estatuto da Criança e do Adolescente** se extrai o seguinte: “Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. [...] Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. [...] Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. [...] Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II - opinião e expressão; III - crença e culto religioso; IV - brincar, praticar esportes e divertir-se; V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; [...] Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. [...] Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, [...]” (BRASIL, 1990).

⁵² Do **Estatuto do Idoso**, extraí-se o seguinte: “Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de

Portanto, os direitos de personalidade são, como assevera Vicente Ráo, “reconhecidos e assegurados pelo direito objetivo e, ao mesmo tempo, atuam como direitos fundamentais, ou básicos, de todo sistema jurídico.” (RÁO, 1999, p. 638).

Assim, além dessa proteção fantástica da cláusula geral, que se faz presente em qualquer situação jurídica e orienta tanto a confecção quanto aplicação da Lei, num sistema aberto de interpretação do qual o núcleo é o ser humano, há alguns direitos típicos da personalidade que foram em busca de maior segurança jurídica, estratificados em textos legais, tidos como “direitos especiais de personalidade”. (AMARAL, 2006, p. 247).

Esses, longe de conferirem rol exaustivo, constroem-se como “verdadeiros micro-sistemas de tutela da personalidade do homem, reveladores do real de cada personalidade humana” (SZANIASWKI, 2005, p. 128) que permitem a proteção dos interesses morais, existenciais da pessoa.

Ministra o professor paranaense:

Tendo em vista a importância da extensão do *princípio da dignidade da pessoa humana*, como princípio matiz, do qual irradiam todos os direitos fundamentais do ser humano, vinculando o poder público, como um todo, bem como os particulares, pessoas naturais ou jurídicas e sendo o direito da pós-modernidade um direito que possui por destinatário final a pessoa humana, exercendo uma função social, todo o direito posto deve ser lido e interpretado à luz das constituições, em especial, segundo os postulados do princípio da dignidade da pessoa humana. (SZANIASWKI, 2005, p. 121, *itálicos do autor*).

Em tempo, Cordeiro (2005) alerta que tanto deveres quanto direitos são estabelecidos pelos “direitos” de personalidade, face à teoria das situações jurídicas subjetivas, porque versarem sobre a tutela da pessoa humana, por sua dignidade.

liberdade e dignidade. Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei. § 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso. [...] Art. 8º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente. [...] Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis. [...] § 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais. § 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.” (BRASIL, 2003).

3.1.1 Objeto dos direitos da personalidade

Doutrina De Cupis (2004) e especifica que os direitos da personalidade denotam proeminência sobre os demais direitos subjetivos ou potestativos de linhagem patrimonial, dada sua essencialidade para pessoa, em face de seu objeto. Para o autor, de um lado, esse objeto “encontra-se em um nexo estreitíssimo com a pessoa, a ponto de poder dizer-se orgânico [...]” (p. 29). De outro, “identifica-se com os bens de maior valor susceptíveis de domínio jurídico.” (p. 29). Na visão do autor, sem os bens máximos e essenciais como integridade física, liberdade, ou seja, bens de vida, tal qual a honra, intimidade, resguardo, identidade, os demais – patrimoniais – perdem seu valor.

De Cupis assenta que “o objeto dos direitos da personalidade não é, pois, exterior ao sujeito, ao contrário dos outros bens que são possíveis objetos de direito” (DE CUPIS, 2004, p. 29). Entendidos os direitos da personalidade como

tendo por objeto os modos de ser, físico ou morais⁵³ da pessoa – a vida, a integridade física, a liberdade e outros, constituem aquilo que nós *somos*. Ora, não se vê porque (*sic*) razão o legislador deveria limitar-se a proteger a categoria do *ter*, deixando de fora a categoria do *ser*, tanto mais que essa última abraça, precisamente, como já se disse, os bens mais precisos relacionados à pessoa. (DE CUPIS, 2004, p. 31).

Cordeiro (2005) segue a mesma orientação:

Chamamos direitos de personalidade aos direitos que concedem ao seu sujeito um domínio sobre uma parte de sua própria esfera de personalidade. Com este nome, eles caracterizam-se como “direitos sobre a própria pessoa” distinguindo-se com isso, através da referência à especialidade do seu objecto, de todos os outros direitos... Os direitos de personalidade distinguem-se como direitos privados especiais, do direito geral da personalidade, que consiste na pretensão geral, conferida pela ordem jurídica, de valer como pessoa. O direito de personalidade é um direito subjectivo e deve ser observado por todos. (CORDEIRO, 2005, p. 373).

Num direito subjetivo da personalidade, o interesse jurídico entregue às mãos do titular está nesse mesmo sujeito e efetiva-se, muitas vezes (intimidade, honra, liberdade), através da proibição de não fazer, de não burlar os mesmíssimos direitos.

⁵³ O mesmo De Cupis (2004) exorta que em face do objeto dos direitos da personalidade referirem-se a modos de ser da pessoa, nega em si caráter de ordem econômica, chegando a constituir “direitos não-patrimoniais absolutos.” (DE CUPIS, 2004, p. 37).

Ferrara percebeu esse fato e declarou que

nos direitos absolutos o objeto não é a *res*, mas os outros homens obrigados a respeitar o seu exercício [...] [pelo que] têm por conteúdo a pretensão de exigir respeito de tais bens pessoais. A vida, o corpo, a honra, são o ponto de referência (*termine di riferimento*) da obrigação negativa que incumbe à coletividade. (FERRARA *apud* TEPEDINO, 2004, p. 31).

Tal se infere de sua força *erga omnes*, que reflete o caráter de absolutidade. Outrossim, não se pode esquecer que alguns direitos da personalidade se comportam como autênticos direitos potestativos⁵⁴, pois concedem aos seus titulares determinados poderes sem, contudo, exigir comportamentos determinados de prestação positiva de outrem. Fiúza (2006), lembrando Chiovenda, vai falar que os direitos subjetivos se dividem em dois grandes grupos; os direitos à prestação e os potestativos.

Vale lembrar, ainda, o art. 52 do Código Civil Brasileiro que estende, na medida do possível, o objeto dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, entregando-lhes titularidade para defesa de interesses patrimoniais advindos de situações tipicamente extrapatrimoniais, como ocorre com a tutela do nome e da imagem empresarial diante de afrontas injustificadamente percebidos.

3.2 Personalidade jurídica e direitos da personalidade

Todos os sujeitos compreendidos na generalidade são destinatários das normas de direito objetivo das quais derivam os direitos da personalidade; e todos, igualmente, perante o pressuposto das mesmas normas, isto é, perante a existência de um determinado sujeito estão vinculados à obrigação jurídica de não lesar os direitos da personalidade de que o mesmo é titular. (DE CUPIS, 2004, P. 37).

Identificados os direitos de personalidade como direitos subjetivos essenciais da pessoa os quais se encontram positivados desde a Constituição até as leis jusprivadas⁵⁵, cabe, agora, inferir como um instituto influirá sobre o outro. Tepedino

⁵⁴ Sobre os direitos potestativos, ver item 4.2.2.

⁵⁵ De Cupis (2004) acredita que os direitos de personalidade apontam a satisfação de necessidades específicas dos indivíduos, quando considerados em si mesmos e, portanto, ficam compreendidos na esfera dos interesses privados, pertencendo, pois, originariamente, à categoria de direitos de cunho eminentemente privado. Todavia, a partir do momento em que as Constituições começaram a

identifica que a tutela da pessoa humana exige “[...] instrumentos de proteção do homem, considerado em qualquer situação jurídica de que participe, contratual ou extracontratual, de direito público ou de direito privado.” (TEPEDINO, 2004, p. 49).

A noção clássica construída pela doutrina acerca dos direitos da personalidade coloca-os como instrumentos de tutela da pessoa em sua humanidade, a ponto de conferir-lhes, como aduz Tepedino (2004), uma “[...] obrigação negativa geral.” (TEPEDINO, 2004, p. 29).⁵⁶

O termo personalidade, quando se liga aos direitos da personalidade, busca preservar o ser humano em seus valores essenciais, em nada identificados com a capacidade jurídica ou a personalidade jurídica, essa, que tradicionalmente, é cunhada como aptidão para aquisição de direitos e obrigações e como “pressuposto de todos os direitos subjetivos” (TEPEDINO, 2004, p. 28).

Ora, uma vez que a pessoa carrega em si esses irrenunciáveis e inerentes direitos da personalidade, pode-se concluir que eles integram um conteúdo jurídico existencial que variará de pessoa a pessoa, a ponto de formatar todas suas situações subjetivas, patrimoniais e existenciais. Daí se entender a personalidade jurídica não apenas em face de relações patrimoniais, como originariamente é concebida pelo Estado liberal e cunhada desde 1916 até o século XXI.

Em toda ação jurídica, o indivíduo, além de contratar direitos patrimoniais, está de acordo com a premissa que sustenta seus direitos de personalidade. Não há como se separarem, no ambiente do Estado democrático de Direito, situações subjetivas patrimoniais das existenciais. Pode haver situações subjetivas estritamente existenciais, como as que se referem ao direito moral de autor, ou ainda à paternidade sócio-afetiva, mas, em toda situação subjetiva patrimonial, o modo de ser da pessoa já faz introduzir, no complexo de seus direitos subjetivos e obrigações

positivar em seus bojos esses interesses, houve uma espécie de migração dos direitos da personalidade para a esfera do direito público, como ocorre presentemente com alguns direitos fundamentais da personalidade.

⁵⁶ Conforme Kant (2003), a mesma norma de direitos da personalidade que atribui a uma pessoa determinado direito subjetivo, estipula, *mutatis mutantis*, dever de respeito a todas as outras pessoas que detenham aquele direito subjetivo. É como dizer que a norma consagradora de um direito da personalidade conduz, dependendo da situação subjetiva, tanto um direito subjetivo, ou potestativo, quanto deveres jurídicos. Tome-se, como exemplo, o direito da personalidade moral do autor. Todos, independentemente de serem autores ou não, têm o dever jurídico de respeitá-lo, quando titularizado na esfera existencial de alguém, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se a uma sanção. Contudo, apenas os que são autores de alguma obra usam da norma como direito subjetivo. “Todo ser humano tem um direito legítimo ao respeito de seus semelhantes e está, por sua vez, obrigado a respeitar todos os demais.” (KANT, 2003, p. 306).

ou deveres, seus direitos fundamentais e da personalidade a ponto de impedir que sofra abusos em seus critérios estruturantes.

Assim, uma noção de personalidade jurídica própria ao ambiente do Estado democrático de Direito, que permita, mesmo que pedagogicamente, esse automatismo padrão, que faz revelar a pessoa humana, deve ser buscado, para que o *sendo-pessoa-no-mundo-do-direito* carregue em si esses automáticos direitos. Deve, para tanto, ser superada a visão clássica de personalidade, reproduzida pelo Código Civil Brasileiro de 2002, de cunho eminentemente racionalista e liberal. O homem não é apenas para o ter; é, antes de tudo, para o ser, que se revela mediante premissas jurídicas que o pré-concebem e pré-formatam diante do caso concreto. Uma vez que a noção de personalidade jurídica não permita essa inferência, todo o sistema de proteção e tutela constitucional da pessoa humana resta engessado no direito objetivo, nos ideais políticos constitucionais. Nesse sentido, transcreve-se a lição de Tepedino (2004):

A tutela da personalidade – convém, então, insistir – não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos [ou fundamentais e de personalidade]⁵⁷ e do outro as chamadas situações jurídicas de direito privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana. (TEPEDINO, 2004, p. 52-53).

A dignidade humana passou a ser traduzida nos inúmeros direitos subjetivos da personalidade e direitos fundamentais, não como um caráter meramente moral ou interno, mas como valor jurídico objetivo, dada a letra da Lei. Por conseguinte, definem-se novos parâmetros para os institutos consagrados do direito privado, como a família, a propriedade privada, o contrato.

Então, de nada adianta repetir a lógica tradicional dos direitos patrimoniais e pretendê-la aplicar aos direitos da personalidade. Daí a necessidade de se revisitar o instituto da personalidade jurídica, pois esta será a porta de ingresso de todo esse complexo de tutela da pessoa nas relações privadas de que ela fizer parte.

Por exemplo, ao contratar, não será necessário estipular ou prever e avençar

⁵⁷ Observa ainda Tepedino (2004), quando cita Bianca: “os direitos fundamentais do homem, ditos também direitos da personalidade, são aqueles que tutelam a pessoa nos seus valores essenciais (...) inserindo-se na categoria mais ampla dos direitos pessoais, como direitos que tutelam os interesses inerentes à pessoa, isto é, os seus direitos interesses materiais e morais, com contraposição aos direitos patrimoniais, os direitos que tutelam interesses econômicos.” (BIANCA *apud* TEPEDINO, 2004, p. 53).

que a pessoa será tutelada contra abusos que interfiram em seu complexo *personal*, a partir do momento em que se entenda a personalidade jurídica como “um valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada capaz de submeter toda a atividade econômica [jurídico-econômica] a novos critérios de validade” (TEPEDINO, 2004, p. 47). A automática e inerente incidência desses direitos sob comento formatará toda e qualquer situação subjetiva de cunho coadjuvamente patrimonial.

Essa necessidade de se redesenhar a personalidade jurídica para adequá-la ao ambiente do Estado democrático de Direito já fora anteriormente sentida por Rafael Garcia Rodrigues, como se vê a seguir:

Personalidade civil, na perspectiva clássica, é entendida, portanto, como a possibilidade de um determinado indivíduo poder atuar no cenário jurídico, ou seja, para ser pessoa não é necessário ter direitos [patrimoniais], mas sim poder vir a tê-los. Entretanto, não é possível desconsiderar que a Constituição da República de 1988 instaurou nova ordem jurídica no país, realocou valores, instituiu novos princípios, impondo assim o repensar de todo o sistema jurídico. A normativa constitucional, seu conjunto de regras e princípios, passa a incidir diretamente no caso concreto, nas relações intersubjetivas. Desta forma, as categorias e conceitos do direito civil devem ser criticadas e reconstruídas, tendo como norte a consecução do projeto constitucional. Impõe-se a mudança dos paradigmas, a revisão de todas as categorias e conceitos jurídicos, a necessidade de forjar um novo direito civil, já não mais afeto exclusivamente às situações patrimoniais: o indivíduo, o ser humano é necessário afirmar como referencial do ordenamento. Deste modo, faz-se necessária a superação da compreensão que esgota a personalidade [jurídica] unicamente como aptidão para que o sujeito figure como titular de direitos e obrigações. A personalidade não pode ser tomada apenas como sinônimo, equiparado à noção de capacidade. [...] são corolários de uma compreensão de pessoa como valor, que requer tutela privilegiada ao conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano. (RODRIGUES, 2002, p. 2)

Destarte, entendendo que a pessoa humana é um *centro de imputação de normas jurídicas*, passa-se a exortá-la originariamente em face do seu conteúdo mínimo jusexistencial, do *ser-sendo* pessoa, e não do *ter*, ou do participar de relações estritamente patrimoniais. Enquanto as normas jurídicas são imputadas às pessoas, tanto de cunho privado, quanto público, tanto de caráter originariamente extra-patrimonial quanto eventualmente patrimoniais, a pessoa passa a ingressar no universo sistematizado pelo Estado democrático de Direito, de acordo com o que ela se revela no mundo, com o elemento empírico-individual.

Com a contribuição de Heidegger, pode-se dizer que a pessoa atrairá a incidência dos direitos essenciais a formatar situação jurídica subjetiva de acordo

com o que é-no-mundo. De outra feita, atrairá incidência de direitos e deveres patrimoniais de acordo com suas manifestações de vontade.

3.3 Direitos fundamentais e relações jurídicas privadas

Os direitos fundamentais⁵⁸, cunhados como direitos subjetivos públicos, em conjunto às demais categorias normativas (direito subjetivo, dever jurídico, *potestà*, ônus jurídico) formatarão as mais diversas situações subjetivas, de acordo com as particularidades do centro de interesses estudado. Essa premissa afasta o modo de entendimento liberal do direito, fincado no binômio público *versus* privado, posto que um direito fundamental, norma de direito público⁵⁹, incidirá sobre algum interesse

⁵⁸ O juízo que se perpetra à disciplina jurídica dos direitos fundamentais começou a ser delineado a partir de movimentos históricos que tiveram por mérito o reconhecimento dos direitos humanos de aspiração universal. Desde uma concepção jusnaturalista, os primeiros direitos, inalienáveis, do homem arraigaram em si pautas de deliberação moral, religiosa, econômica, política. Traduzem-se, hodiernamente, nas conquistas que a humanidade perpetrou e positivou ao longo dos séculos de experiências e expiação. Pessoa-humana, liberdade, religião, asseguarção dos meios de produção, propriedade, economia, meio ambiente, força de trabalho, etnia, consumo: todos esses e infindáveis outros, desde o pioneirismo atribuído às revoluções americana e francesa do sec. XVIII, até os dias presentes, são os objetos que interessam aos direitos humanos. Por conseguinte, cativam o espírito dos direitos fundamentais. Há, contudo, uma diferença crucial entre o que denota a expressão direitos fundamentais e o termo direitos humanos. Nesse sentido, traz-se a contribuição de Robles para explicar que os direitos humanos “ou direitos do homem, classicamente chamados direitos naturais e atualmente direitos morais, não são, em verdade, autênticos direitos – protegidos pela possibilidade de ação processual perante um juiz –, mas critérios morais de especial relevância para a convivência humana.” (ROBLES, 2005, p. 7). Partindo dessa premissa, revela-se que os direitos fundamentais, ao contrário dos direitos humanos, devem ser determinados positivamente na ordem jurídica interna de um Estado para que possa ser assegurada a possibilidade de suas tutelas, tarefa que será exercida pelo respectivo Poder Judiciário. Outra peculiaridade que enlaça o tema em foco diz respeito à sua topografia estritamente privilegiada. Aduz Robles: “Quando os direitos humanos, ou melhor, determinados direitos humanos, se positivam, adquirindo categoria de verdadeiros direitos processualmente protegidos, passam a ser direitos fundamentais em um determinado ordenamento jurídico. No entanto, isso só ocorre quando o ordenamento lhes confere um *status* especial que os torna distintos, mais importantes que os demais direitos. Do contrário, não seria possível distinguir os direitos fundamentais daqueles outros que são, por assim dizer, direitos ordinários.” (ROBLES, 2005, p. 7).

⁵⁹ Porque são positivados no cume da hierarquia jurídica, os direitos humanos adquirem, nessa mesma ordem jurídica interna, os caracteres da fundamentabilidade que origina o próprio Estado. Esse conteúdo valorativo que impregna determinada ordem jurídica interna que, de certo, variará de Nação a Nação, tendo em vista um mínimo padrão moral e existencial pertencente a toda a humanidade e por isso mesmo preservado, será perenizado no texto constitucional criador desse Estado. O lócus privilegiado dos direitos humanos, agora direitos fundamentais, permite-lhe visão panorâmica de todo o ordenamento jurídico, servindo de ponto cardeal para sua inspiração e aplicação. Na lição de Robles, “como direitos que são protegidos processualmente, e como fundamentais, a eles se proporciona um destaque singular que se manifesta duplamente: no fato de estarem situados na mais alta hierarquia normativa, inspirando por isso o restante do ordenamento, e no fato de que a eles se reconhecem um tratamento especialíssimo, ao estar sua proteção reservada

jusprivado, v.g., da pessoa (defesa de sua dignidade), integrando-a existencialmente. Nesse ínterim, a relação jurídica formada a partir do encontro de duas ou mais situações jurídicas será o resultado do confronto, do embate entre todas as categorias normativas que formatam cada situação subjetiva. Portanto, determinarão, alfim, a relação jurídica. De outro lado, o direito privado sofre a influência dos direitos fundamentais no que concerne à sua interpretação e aplicação.

É relativamente recente o estudo da influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado. A doutrina aponta como pioneiros os tedescos do pós-Segunda Guerra Mundial. Atualmente, o assunto ganha a relevância que merece e impregna discussões jurídico-acadêmicas nas Escolas jurídicas e no Supremo Tribunal Federal. Nos termos do presente estudo, os direitos fundamentais, tanto quanto os da personalidade determinarão uma pré-compreensão via personalidade jurídica dilatada do *ser* da pessoa (*Dasein*) no mundo do direito privado.

3.3.1 O direito civil-constitucional

A partir da constatação da dimensão objetiva⁶⁰ atribuída aos direitos

ao Tribunal Constitucional, cuja função é garantir a defesa dos valores fundamentais do ordenamento jurídico representados na Constituição.” (ROBLES, 2005, p. 8). Uma vez que são protegidos processualmente, os direitos fundamentais passam a ser compreendidos como autênticos direitos subjetivos, que, todavia, positivam aqueles critérios morais e valores universalmente aceitos (direitos humanos). Conclui-se, portanto, que uma vez positivados no Texto Constitucional, os direitos humanos convergem-se nos direitos fundamentais de um determinado Estado. Na lição de Canotilho, “a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer fundamentação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais.” (CANOTILHO, 2002, p. 377). Sarlet especifica que “a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.” (SARLET, 2007, p. 43).

⁶⁰ Em sua **perspectiva objetiva**, os direitos fundamentais “incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade” (SARLET, 2007, p. 171). Portanto sua eficácia deixa de ser encarada apenas no plano individual, “mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar [...] a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento perante a comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado [...]” (SARLET, 2007, p. 171). Assim, em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais constituem-se em pautas de deliberações valorativas “de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos,

fundamentais, pode-se concluir que a interpretação do direito civil deve se dar conforme a Constituição.

Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas de seu conteúdo, mas também de sua *práxis*. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção denominada vontade da Constituição. Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. (HESSE, 1991, p. 21).

Outrossim, “constitui um imperativo da lógica normativa que a legislação no campo do direito privado esteja vinculada aos direitos fundamentais, segundo o próprio princípio da primazia da *lex superior*.” (CANARIS, 2006, p. 28). Estrada (2000) observa que, atualmente, é enorme o influxo do direito constitucional sobre o direito civil, a ponto de reestruturá-lo e reedificá-lo por completo.⁶¹

Lorenzetti (1998) fala em fontes do direito como critérios objetivos que norteiam as decisões jurídicas, inflando-as de segurança e razoabilidade.

judiciários e executivos.” (SARLET, 2007, p. 168). Outro aspecto entregue à perspectiva objetiva é o de servir “como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais.” (SARLET, 2007, p. 173). Canotilho, quanto a uma fundamentação objetiva para os direitos fundamentais, leva em consideração o “seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária” (CANOTILHO, 2002, p. 1242), traduzindo-o, assim, como um valor geral estruturante da sociedade. “A norma constitucional (direitos fundamentais) somente logra atuar se procura construir o futuro como com base na natureza singular do presente. [...]. A força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo das relações da vida.” (HESSE, 1991, p. 18). Já em sua **perspectiva subjetiva**, os direitos fundamentais são entendidos como direitos subjetivos públicos fundamentais, fincados no “valor outorgado à autonomia individual, na qualidade de expressão da dignidade da pessoa humana.” (SARLET, 2007, p. 181). Nesse ínterim, reconhece-se na norma definidora de um direito fundamental, coincidentemente, um direito subjetivo, que, de acordo com Andrade (2001), acarreta em “proteção de uma determinada esfera de auto-regulamentação ou de um espaço de decisão individual; tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos.” (ANDRADE, 2001, p. 163). Em Canotilho, o critério subjetivo ou individual exsurge-se ante a relevância da norma definidora de direito fundamental para o indivíduo que desenvolve sua personalidade, persegue seus interesses e ideais. “Com essa idéia de fundamentação subjectiva procura-se salientar basicamente o seguinte: um fundamento é subjectivo quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação da vida, para a sua liberdade.” (CANOTILHO, 2003, p. 1142). Significa dizer então, que ao “ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado).” (SARLET, 2007, p. 178). Conclui-se, na lição de Estrada, que “*La estructura dual de los derechos fundamentales que con ello se introduce resulta evidente: junto a su concepción tradicional como derechos subjetivos frente al poder público, aparecen como normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal y que consideradas en su conjunto dan origen a un sistema de valores, esta idea generalizada [...] condujo a que cada derecho fundamental recibiera un doble carácter: es, por un lado, derecho subjetivo de libertad de defensa frente al Estado y, por otro, una norma objetiva de principio/decisión axiológica con respecto a todos los ámbitos del derecho.*” (ESTRADA, 2000, p. 68-69).

⁶¹ Tradução livre de: “[...] actualmente el influjo del derecho constitucional sobre el derecho civil es enorme. El edificio del derecho civil no ha sido solamente restaurado, sino con que el fundamento en el derecho constitucional ha sido reedificado por completo.” (ESTRADA, 2000, p. 74).

Ministrando pautas deliberativas, as fontes promovem o discernimento do “sentido do caso em discussão, e resolvê-lo de uma maneira que seja considerada valiosa para a pluralidade de integrantes do grupo social” (LORENZETTI, 1998, p. 250). Assim, o autor recorre a Cuerto Rua para estipular uma significação para “fontes de direito”, fincada, desse modo, no sentido decisionista.

As fontes do Direito são os critérios de objetividade previstos pelos órgãos comunitários para a decisão dos conflitos ou pelos integrantes do grupo social na eleição de rotas de conduta que, pela sua objetividade, facilitem o entendimento coletivo. As fontes de direito são critérios que buscam no processo normativo visando à objetividade. (CUETO RÚA *apud* LORENZETTI, 1998, p. 250).

As constituições modernas – relata Lorenzetti – carregam em si “disposições de conteúdos civilistas aplicáveis ao âmbito privado. Igualmente, tem (*sic*) em seu seio as normas fundamentais da comunidade, a sua forma de organizar-se, às quais se remete permanentemente o direito privado.” (LORENZETTI, 1998, p. 252). Em outra abordagem, ele atribui ao direito privado o *status* de “direito constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida comum que a Constituição tenta impor; o direito privado representa os valores sociais de vigência efetiva.” (p. 253). No entendimento do autor, define-se direito civil constitucional, fenômeno que se constata em todos os campos do direito privado, na forma preconizada por Florez-Valdez:

Sistema de normas e princípios normativos institucionais integrados na Constituição, relativos à proteção da própria pessoa e nas suas dimensões fundamentais familiar e patrimonial, na ordem de suas relações jurídicas privadas gerais, e concernentes àquelas outras matérias residualmente consideradas civis, que têm por finalidade fixar as bases mais comuns e abstratas da regulamentação de tais relações e matéria, as quais podem ser eventualmente aplicadas de forma imediata ou podem servir de marco de referencia da vigência, validade e interpretação da normativa aplicável ou de pauta para seu desenvolvimento. (ARCE Y FLOREZ-VALDEZ *apud* LORENZETTI, 1998, p. 253)

Tal raciocínio leva implacavelmente à conclusão de que a Constituição é norma jurídica que se aplica às relações de direito privado. Ela deixa de ser “exclusivamente uma regra que unicamente continha elementos de direito público para se referir também às relações entre os particulares, [...] [pelo que] pode ser alegada nos tribunais” (LORENZETTI, 1998, p. 254-255). Lorenzetti resenha, ainda, que, “na América Latina, as Constituições afirmam-se na tendência de incorporação

de direitos fundamentais e normas de conteúdo privado” (LORENZETTI, 1998, p. 255), e aponta a brasileira como a mais avançada.⁶² A Constituição, entendida então como corpo normativo (inclusive) de direito privado, é fonte de princípios e regras jurídicas. Consoante Lorenzetti (1998):

Enquanto aos princípios jurídicos, vai assinalando as bases informadoras do direito privado, da organização da economia, da sociedade civil e das que se aplicam ao direito das pessoas, dos contratos, da responsabilidade civil por danos, da propriedade, da família e das sucessões. Estes princípios têm uma função integradora, interpretativa e de aplicação. (LORENZETTI, 1998, p. 258).

A visão mais privatista de Orlando Gomes também se verifica assente sobre as premissas ora discutidas, as quais denominou de ‘agonia do código civil’. Enfatiza:

Essa condensação dos valores essenciais do direito privado passou a ser cristalizada no direito público. Ocorreu nos últimos tempos o fenômeno da emigração desses princípios para o Direito Constitucional. A propriedade, a família, o contrato ingressaram nas Constituições. É nas Constituições que se encontram, hoje definidas, as proposições diretoras dos mais importantes institutos do direito privado. (GOMES, 1988, p. 5).

Destarte, será a Constituição “a estrutura institucional da sociedade civil, o entorno normativo da atuação do legislador e dos particulares, pelo qual adquire um caráter estrutural.” (LORENZETTI, 1998, p. 258). A força normativa da Constituição exprime, assim, que as leis infraconstitucionais não podem se opor aos princípios fundantes da ordem estatal, acarretando, como consequência, provocações jurisdicionais privadas que declarem eventuais inconstitucionalidades. Consoante Hesse, “o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa.” (HESSE, 1991, p. 23). De outro vértice, há inflamada discussão acerca de quando e de que modo os direitos fundamentais previstos normativamente no corpo da Constituição estão a impregnar o tráfego jurídico privado, inspirando-o e normatizando-o, determinando situações existenciais individuais e/ou coletivas, ou, ainda, oferecendo ao intérprete padrões para pré-compreender a pessoa humana.

⁶² “A Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (*sic*), é aquela que mais tem avançado. Seu Título I refere-se aos princípios fundamentais, o Título II aos direitos e garantias fundamentais; ambos reúnem 17 artigos com numerosos incisos. O Título IV estabelece disposições sobre a ordem econômica e financeira, o Título VIII sobre a ordem social.” (LORENZETTI, 1998, p. 256).

3.3.2 “*Drittwirkung der grundrecht*”

A visão liberal clássica de uma eficácia apenas vertical dos direitos fundamentais, ou seja, hierarquicamente entre Estado *versus* particular, não mais permite a pacificação da sociedade pós-moderna. A interpretação do Direito teve que evoluir ao ponto de entender que todos os entes privados são, indistintamente, sujeitos de direitos fundamentais. Uma vez entendidos os direitos fundamentais como direitos subjetivos públicos, e uma vez que haja lesão a um direito subjetivo fundamental, abrem-se as portas jurisdicionais estatais para a tutela contra tal ameaça.

Por *drittwirkung der grundrecht* se quer dizer, primeiramente, consoante Vale (2004), que os direitos fundamentais incidem nas relações jusprivadas. A expressão alemã traduz-se ao português como ‘efeitos entre terceiros dos direitos fundamentais’.

Com Luhmann:

Nesse mundo complexo, contingente, mas mesmo assim estruturalmente conjecturável, existem, além dos demais sentidos possíveis, outros homens que se inserem no meu campo de visão como um *alter ego*, como fontes idênticas da experimentação e da ação originais. [...]. Reconhecer e absorver as perspectivas de um outro como minhas próprias só é possível se reconheço o outro como um outro eu. [...]. Com isso, porém, tenho que conceder que o outro possui igualmente a liberdade de variar seu comportamento, da mesma forma que eu. Também para ele o mundo é complexo e contingente. (LUHMANN, 1983, p. 46).

Canaris coloca que “verdadeira problemática do século” é representada pela relação Constituição e direito privado. (CANARIS, 2006, p. 20). Cediço é que o legislador infraconstitucional se limita e se vincula aos catálogos que estabelecem direitos fundamentais, quando edificam a fração infraconstitucional de um ordenamento jurídico. Contudo, a vinculação tanto do particular, quanto do Judiciário, ainda merece maior destaque na doutrina, em face do objetivo e academicamente determinado direito civil-constitucional. Então, resta verificar cabalmente se, como e em que medida, os direitos fundamentais impregnam o tráfego jurídico privado, corporificando situações subjetivas existenciais e/ou patrimoniais dos mais deferentes matizes, ou, ainda, nos termos propostos ante a analítica existencial heideggeriana, como estruturam a pré-compreensão da pessoa

para, em conjunto com o elemento empírico, dizer a verdade do seu ser.

Tamanho é o espectro da problemática que envolve a presente discussão, que indagações diversas podem surgir. Canaris direciona a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares:

Os órgãos jurisdicionais no campo do direito privado são considerados 'poder público', [...] e suas decisões podem, portanto, violar direitos fundamentais *pela errada aplicação do direito privado*. Conclui-se, de forma logicamente inexorável, que os tribunais cíveis também se encontram sujeitos à vinculação pelos direitos fundamentais no plano jurídico-material. [...] uma vinculação do juiz aos direitos fundamentais na solução do litígio no campo do direito privado *não se verifica de modo directo*, mas apenas na medida em que a Lei Fundamental, no seu capítulo sobre os direitos fundamentais, simultaneamente erigiu uma ordem objectiva, que, como decisão jurídico-constitucional fundamental, deve valer para todos os ramos do direito, influenciando, assim, o direito privado. (itálicos do autor) (CANARIS, 2006, p. 41-44).

Conforme Gonçalves (2006), o acúmulo progressivo de direitos fundamentais acabou por propiciar sua incidência entre os particulares, na medida em que o ente privado acumulava, cada vez mais, poderes econômico e político. Vale (2004) ressalta essa premissa e observa que “[...] em muitas relações privadas se verifica a presença dos chamados poderes privados, onde uma das partes goza de maiores poderes que a outra, o que as faz assumir também a condição de relações verticais.” (p. 103).

Estrada, ao abordar a teoria dos direitos públicos subjetivos, finca-se na clássica definição de Jellinek⁶³, concluindo que um dos elementos do direito subjetivo se verifica na individualização do direito, em

[...] sua conexão com determinada pessoa, [...] [pelo que] por sua intermediação o indivíduo integra o organismo estatal, ao mesmo tempo que é um meio através do qual se manifesta a atividade do Estado, e constitui uma fronteira que dita atividade não pode ultrapassar. (ESTRADA, 2000, p. 38-39, tradução nossa).⁶⁴

Estrada (2000) aponta como marco inicial da *drittwirkung* a lide debatida no Tribunal Federal do Trabalho alemão, em 18 de janeiro de 1955, cujo presidente foi

⁶³ Estrada (2000) leciona que, para Jellinek, os direitos subjetivos são “*la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se dirija a un bien o a un interés.*” (JELLINEK apud ESTRADA, 2000, p. 37).

⁶⁴ “*su conexión con determinada persona, [...] [pelo que] por su intermediación el individuo hace parte del organismo estatal, a la vez que es un medio a través del cual se manifiesta la actividad del Estado, y constituyen una frontera que dicha actividad no puede sobrepasar.*”

Hans Carl Nipperdey. Esta, ao confrontar, a aplicação do conteúdo principiológico constitucional de isonomia entre os gêneros, determinou a equiparação salarial entre homens e mulheres que desempenhassem o mesmo ofício. (ESTRADA, 2000, p. 95, tradução nossa).⁶⁵ A doutrina então inovada teve por consequência o “favorecimento do ativismo judicial com a finalidade de procurar a efetiva realização da Constituição.” (ESTRADA, 2000, p. 95, tradução nossa).⁶⁶ A postura de Nipperdey esclarece, então, Estrada (2000), marcou revolucionariamente tanto a doutrina jurídica do direito privado quanto do direito público, ao mesmo tempo em que diretamente aplicou os preceitos constitucionais ao caso privatista, sem intermédio do legislador infraconstitucional.

O Tribunal Federal do Trabalho [...] se pronunciou expressamente a favor da eficácia direta do preceito fundamental da igualdade salarial entre homens e mulheres diante de igual rendimento laboral, e justificou, assim, a vinculação das convenções coletivas aos direitos fundamentais. (ESTRADA, 2006, p. 96, tradução nossa).⁶⁷

Contudo, a doutrina especializada aponta como paradigmático, o caso *Lüth*⁶⁸,

⁶⁵ “[...] *entre hombres e mujeres que desempeñaran el mismo trabajo.*”

⁶⁶ “[...] *favorecer el activismo judicial para procurar la realización efectiva de la Constitución.*” (ESTRADA, 2000, p. 95)

⁶⁷ “*El Tribunal Federal del Trabajo [...] se pronunció expresamente a favor de la eficacia directa del precepto fundamental de la igualdad salarial entre hombres e mujeres ante igual rendimiento laboral, y justificó con ello la vinculación de los convenios colectivos a los derechos fundamentales.*”

⁶⁸ Na Alemanha do pós Segunda Guerra, findo um regime antisemita e fascista, do qual resultou, inclusive, a imposição de uma Lei Fundamental pelas nações aliadas e vencedoras daquele conflito, Veit Harlan, cineasta declaradamente adepta à superioridade da raça ariana, houve em produzir, segundo Vale (2004), o filme *Amante Imortal* (*Unsterbliche Geliebte*), cujo conteúdo refletia sumariamente suas tendências raciais. Erich Lüth, em 1950, naquela época presidente de um clube privado de imprensa de Hamburgo, em um discurso diante de distribuidores e produtores cinematográficos, por ocasião de um festival de cinema, incitou seus pares ao boicote da citada película. A cineasta demandou contra Lüth com fulcro no abaixo transcrito § 826 da Lei substantiva cível germânica, obtendo sucesso, pois o boicote estabeleceu verdadeira censura privada. Entretanto, Eric Lüth, por sua vez, interpôs recurso ao Tribunal Constitucional Alemão, baseando-se no fundamento de que a interpretação da cláusula geral contida no referido § 826 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), deveria se dar conforme à Constituição (art. 1º da Lei Fundamental). A seguir transcrevem-se dispositivos jurídicos necessários ao entendimento do caso. Sua decisão conduziu à incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas e serviu, ainda, de parâmetro para diversas outras decisões que confrontavam direitos fundamentais subjetivos. O recurso em tela foi então decidido, como assevera Estrada (2000) em 15 de janeiro de 1958, sendo que “o colegiado judicante houve [...] (em) afastar a incidência do pré-falado § 826, sob o argumento de que não se pode fazer uma interpretação das cláusulas gerais de direitos civil em descompasso com os valores constitucionalmente protegidos. Disse ainda que os direitos fundamentais possuem dupla dimensão: aí se incluindo a de índole objetiva. Pugnou, por conseguinte, pela existência de uma eficácia irradiante dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*), bem como agasalhou a tese dos deveres de proteção. (*Schutzpflicht*).” (GONÇALVES, 2004, p.77)

Destarte, da Lei Fundamental Alemã, tem-se:

“Art. 1º. (Proteção da dignidade humana)

1. A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas autoridades públicas têm o dever de a respeitar

que também se desenrolou na Alemanha do pós Segunda Guerra Mundial, atribuindo-lhe *status* de marco vestibular com o qual o judiciário (germânico) iniciou a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares. O paradigmático caso deu início, por conseguinte, ao que hoje se externaliza como direito civil-constitucional posto que proporcionou a intromissão da letra da Constituição, enquanto definidora de direitos subjetivos, que deságuam em imperativos de tutela e proibições de intervenção, na aplicação e fundamentação do direito privado, redefinindo seus padrões hermenêuticos.

Conforme Gonçalves:

Houve uma transformação no papel do Estado. [...] se no primeiro momento se imaginava o Estado como sendo aquele de quem se há de proteger por meio das normas de índole fundamental, agora se exige do mesmo que ele além desta postura negativa em face dos direitos, liberdades, e garantias dos indivíduos, na relação mantida com a administrados, também tome uma missão pró-ativa, ou seja, que seja um fiel fiscal da observância dos direitos fundamentais na relação interpessoal (relação entre particulares). Em outras palavras: as incumbências do Estado foram aquilatadas, eis que agora se pode cogitar da agressão estatal aos direitos fundamentais por ação (quanto o ente público desrespeita qualquer direito fundamental do cidadão) e também por omissão (quando o Estado é omissor ou ineficaz na sua missão de defender os direitos fundamentais dos indivíduos no seu trato relacional privado). (GONÇALVES, 2004, p. 78-79).

A escola desenvolvida na Alemanha, da *drittwirkung der grundrecht*, ou do efeito dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas estuda, então, como se dá a penetração dos direitos fundamentais no tráfego jusprivatista; ou seja, de que maneira eles inflarão os pólos pessoais da relação jurídica tradicional a ponto de fazer o entendimento de personalidade jurídica se transcender para além das

e proteger.

2. O Povo Alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis da pessoa humana como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

3. Os direitos fundamentais que se seguem vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente.

Art. 5º. (Direito à liberdade de expressão)

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente a sua opinião pela palavra, por escrito e pela imagem, bem como o direito de se informar, sem impedimentos, por meio de fontes acessíveis a todos. São garantidas a liberdade de imprensa e a liberdade de informação por rádio, televisão e cinema. Não haverá censura.

2. Esses direitos têm por limites os preceitos das leis gerais, as disposições legais para proteção da juventude e o respeito à honra.

3. São livres as expressões artística e científica, a investigação e o ensino. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição.

Do BGB – Código Civil Alemão, tem-se:

§826 (Lesão dolosa contra os bons costumes)

Quem causar dolosamente danos a outra pessoa de forma contrária aos bons costumes fica obrigado a indenizá-los.” (CANARIS, 2006, p. 141-154).

barreiras impostas pelo Código Civil (de cunho liberal), para chegar ao entendimento de que eles, em verdade, formatam as situações jurídicas subjetivas.

Trata-se, então, como anota Estrada,

[...] de saber se as normas constitucionais que consagram direitos e liberdades são aplicáveis nas relações jurídicas privadas de um modo tal que atuem sobre posições jurídicas da mesma natureza, e de se, resultando de maneira afirmativa essa pergunta, em que medida e em que extensão. A particularidade se constitui precisamente no feito de que todos os participantes da relação são sujeitos de [...] direitos fundamentais, razão pela qual estes irradiam seus efeitos de um modo tal que resulta protegida uma das partes frente à outra, o que pode significar simultaneamente uma limitação da liberdade fundamental do outro sujeito interessado. Os direitos fundamentais atuam, então, para um como direitos, e para outra como deveres, para quem intervir numa relação jurídica de direito privado. Em última instância estar-se-ia na presença de um conflito dos direitos fundamentais dos interessados. (ESTRADA, 2000, p. 88-89, tradução nossa).⁶⁹

A doutrina tedesca da *drittwirkung* estuda, outrossim, as formas de penetração dos direitos fundamentais no tráfego jurídico privado. Em uma delas, essa eficácia se dará de forma direta, pela incontinente aplicação das cargas normativas contidas nas normas definidoras de direitos fundamentais. Na outra, verificar-se-á a eficácia, quando intermediada pela atuação do juiz, na efetivada tutela de um interesse juridicamente protegido. Estrada leciona que

as posições favoráveis à *Drittwirkung* rapidamente se consolidaram ao redor de duas hipóteses. Cada uma delas oferece sua própria versão sobre o modo pelo qual os direitos fundamentais espalham sua eficácia pelo ordenamento jurídico. (ESTRADA, 2000, p. 101, tradução nossa).⁷⁰

Aparecem no cenário, então, a teoria da eficácia direta, ou imediata (*unmittelbare Drittwirkung*) dos direitos fundamentais e a teoria da eficácia indireta,

⁶⁹ “[...] de saber si las normas constitucionales que consagran derechos y libertades son aplicables en las relaciones jurídicas privadas de un modo tal que actúen sobre posiciones jurídicas de la misma naturaleza, y de ser resuelta de manera afirmativa esta pregunta, en qué medida y en que extensión. La particularidad la constituye precisamente el hecho de que todos los participantes en la relación son sujetos de [...] derechos fundamentales, razón por la cual éstos despliegan sus efectos de un modo tal que resulta protegida una de las partes frente a la otra, lo que puede significar simultáneamente una limitación de la libertad fundamental del otro sujeto interesado. Los derechos fundamentales actúan entonces a una como derechos a otra como deberes para quienes intervienen en una relación jurídica de derecho privado, y en última instancia se estaría en presencia de un conflicto de los derechos fundamentales de los interesados.”

⁷⁰ “[...] las posturas favorables a la *Drittwirkung* rápidamente se consolidaron en torno a dos hipótesis, cada una de las cuales ofrece su propia versión acerca del modo en que ésta tiene lugar, es decir, de la manera en que los derechos fundamentales despliegan su eficacia en el ordenamiento jurídico privado.”

ou mediada (*mittelbare Drittwirkung*). Mister se faz frisar que tanto em um quanto em outro caso, o direito fundamental integra a relação jurídica material, através da formatação de cada situação subjetiva.

Contudo, vale ressaltar que essas teorias não encampam a hermenêutica da faticidade, o que acarreta, no momento da aplicação do direito, em determinados casos, choques frontais entre enunciados normativos que traduzem princípios jurídicos. De todo o caso, essas teorias ainda assim necessitam da personalidade jurídica dilatada, pois, assim, a pessoa poderá captar da Constituição os preceitos de que necessita para sua tutela.

3.3.2.1 Teoria da eficácia direta ou imediata

Estrada (2002) aponta como o pioneiro Nipperdey, que, no citado caso da equiparação salarial entre homens e mulheres atribuiu, eficácia direta ao dispositivo constitucional. Nipperdey salientou, contudo, que não seriam todos os direitos fundamentais que estariam aptos a impregnar o tráfego jurídico privado. Aqueles que se destinassem a garantir “ao indivíduo uma esfera não alcançada pelo Estado” (ESTRADA, 2000, p. 104), ou conferissem algum “direito a determinadas prestações do Estado” (p. 104), ou mesmo os que deferissem “direitos de participar ativamente na configuração da vida estatal” (p.104) não estariam destinados “ao tráfico jurídico-privado” (p. 104). Tal identificação é importante, posto que, de fato, não são todos os direitos fundamentais que afetarão a relação jusprivada.

Segundo Estrada, Nipperdey acredita que:

Não poucas disposições têm, ademais, a importante função de proposições ordenadoras ou princípios para a ordem jurídica e seu conjunto. Trata-se do efeito diretamente normativo de algumas disposições jurídico-fundamentais como direito constitucional objetivo vinculante, que veio a derogar, modificar, completar ou criar disposições jurídico-privadas. Esse direito constitucional contém para os âmbitos jurídicos extraconstitucionais não somente diretrizes, ou regras de interpretação, senão uma regulação normativa da ordem jurídica em seu conjunto unitário, do qual também emanam diretamente direitos subjetivos privados do indivíduo. (NIPPERDEY, *apud* ESTRADA, 2000, p. 104, tradução nossa).⁷¹

⁷¹ “No pocas disposiciones tienen además la importante función de proposiciones ordenadoras o principios para el orden jurídico e su conjunto. Se trata del efecto directamente normativo de algunas

Entende-se, neste trabalho, como Estrada (2000), que algumas disposições de direitos fundamentais mantêm um duplo caráter. Isso porque além de possuir a função de direitos públicos subjetivos, são, em verdade, “princípios objetivos que informam a totalidade do ordenamento jurídico, incluindo o direito privado.” (ESTRADA, 2000, p.104, tradução nossa).⁷²

Enquanto os valores constitucionais, no modelo burguês, tinham por sujeito passivo apenas o Estado, como poder supraindividual, a partir da instituição do Estado social, quando outros poderes, sociais, econômicos, privatistas entraram cada vez mais em cena, promoveu-se uma radical modificação naquele quadro. Anota Estrada (2000) que, hodiernamente, o indivíduo se vê cada vez mais atado a grupos, associações ou a grandes empresas, como se verifica em face do sistema financeiro e de concessão creditícia, já que a pessoa também necessita ser protegida contra esses poderes privados anônimos.

Para os adeptos da teoria direta, nenhum intermédio se faz necessário entre a Constituição e a situação subjetiva jusprivada, posto que a força irradiadora da norma constitucional estaria presente por todo o ordenamento, automática e inerentemente a qualquer situação jurídica subjetiva, notadamente as existenciais, uma vez que são considerados como direito objetivo. Essa interpretação da Constituição, na visão de Nipperdey, satisfaz a importância das normas de princípio como normas objetivas. (ESTRADA, 2000, p. 106).

Assim, entendido que os direitos fundamentais estão aptos, enquanto normas objetivas, a imediatamente espalharem eficácia sobre o universo dos relacionamentos jurídicos privados, restaria apenas delinear como e quanto se daria tal penetração. A primeira preocupação de Nipperdey, segundo Estrada (2000), é separar, como dito alhures, aqueles direitos que vinculam apenas o Estado, vertical e classicamente, daqueles que podem gravar os particulares. Num segundo momento, caberia investigar qual a finalidade protetora e a ordem que contém a norma em questão, no sentido de se verificar qual o âmbito de proteção e qual a extensão dessa proteção que permeia os particulares.

disposiciones jurídico-fundamentales como derecho constitucional objetivo vinculante, que ha venido a derogar, modificar, completar o crear disposiciones jurídico-privadas. Este derecho constitucional contiene para los ámbitos jurídicos extraconstitucionales no solamente ‘directrices’ o ‘reglas de interpretación’, sino una regulación normativa del orden jurídico en su conjunto unitario, de la que también emanan directamente derechos subjetivos privados del individuo.”

⁷² “[...] principios objetivos que informan la totalidad del ordenamiento jurídico, incluyendo el derecho privado.”

Em princípio, a norma deve se aplicar sem limite, quando se tratar da relação entre o indivíduo e os poderes sociais. Aí radica, em geral, o ponto de partida e arranque da doutrina sobre o efeito absoluto dos direitos fundamentais. (NIPPERDEY *apud* ESTRADA, 2000, p. 107, tradução nossa).⁷³

Precisamente, essa interpretação se dá quando se consubstancializa o entendimento de que o indivíduo – notadamente a pessoa humana – detém condição de inferioridade, quando defronte a poderes sociais privados, notadamente como os poderes econômico, religioso. Ante a sua fragilidade, o indivíduo se vê relacionado com um poder soberano e intangível. A relação jurídica contratual, nesse ínterim, acontece apenas em termos formais, nunca reais, pois sujeita o ser mais fragilizado da relação a determinadas prestações “que não se ajustam às idéias básicas da Constituição” (NIPPERDEY *apud* ESTRADA, 2000, p. 108, tradução nossa). Nipperdey considera, como apontado por Estrada, que, diante de uma desigualdade fática, nem a autonomia privada, nem a liberdade contratual podem existir. (ESTRADA, 2000, p. 108, tradução nossa).⁷⁴

A grande crítica percebida por Nipperdey e seus seguidores se deu no questionamento quanto à possibilidade de eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jusprivadas não acabar por afetar as raízes do princípio da autonomia privada, reduzindo sua força geradora de normas interindividuais. Nipperdey entendeu sua teoria como um instrumento jurídico próprio e apto para concretizar efetivamente e realizar a igualdade constitucional, porque “os acordos contratuais não podem burlar nem a liberdade nem os princípios constitucionais.” (ESTRADA, 2000, p. 108, tradução nossa).

3.3.2.2 Teoria da eficácia indireta ou mediata

Estrada (2000) aponta, como pioneiro da doutrina da *mittelbare drittwirkung*, o jurista Dürig que sustentou sua posição segundo a qual “os direitos fundamentais

⁷³ “En principio la norma debe aplicarse sin límite, donde se trate de la relación entre el individuo y los poderes sociales. Ahí radica, en general, el punto de partida y de arranque de la doctrina sobre el efecto absoluto de los derechos fundamentales.”

⁷⁴ “[...] la autonomía privada non existe, y por ende tampoco la libertad contractual, ante una desigualdad fática.”

operariam no âmbito privado através de cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos capazes e necessitados de serem colmados valorativamente.” (DÜRIG *apud* ESTRADA, 2000, p. 10, tradução nossa)⁷⁵ Dürig baseia sua teoria no fundamento estatal de tutela da pessoa humana, na sua época, consagrada na Lei Fundamental de Bonn. O autor sustentou que o Estado estaria obrigado a “[...] configurar sua ordem jurídica universal, isto é, todo o direito privado de uma maneira tal que até as forças extra-estatais sejam impedidas de violar a dignidade do homem.” (DÜRIG *apud* ESTRADA, 2000, p. 110, tradução nossa).⁷⁶ Como grande parte da doutrina atual entende, Dürig colocou a autonomia privada como mais uma expressão da dignidade da pessoa humana, sendo, pois, um princípio constitucional. Todavia, anota ser exatamente essa a diferença entre as relações entre cidadão-Estado e entre indivíduo-indivíduo. Conforme Estrada,

[...] a intensidade protetora dos direitos fundamentais será diferente segundo vá dirigida contra o Estado ou contra terceiros (particulares), posto que o direito privado conta com a limitadora da autonomia privada [...]. (ESTRADA, 2000, p. 110, tradução nossa).⁷⁷

Então, para uma metódica classificação, os direitos fundamentais tutelariam a pessoa humana nas relações jusprivadas a partir do próprio sistema de direito privado, para não afastar a autonomia privada, sua baliza mestra.

Nesta ordem de ideias, afirma Estrada que

as cláusulas gerais reconhecidas pela doutrina jusprivada são idôneas para receber os conteúdos estabelecidos pelas normas constitucionais, relativas às posições fundamentais de liberdade. Atuam como pontos de irrupção, como pontos de entrada dos direitos fundamentais no tráfico jurídico privado. (ESTRADA, 2000, p. 111, tradução nossa).⁷⁸

Dessa maneira, os direitos fundamentais não concorreriam automaticamente

⁷⁵ “[...] los derechos fundamentales operarían en el ámbito privado a través de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos capaces y necesitados de ser colmados valorativamente.”

⁷⁶ “[...] configurar su orden jurídico universal (esto es, ante todo el derecho privado) de una manera tal que hasta a las fuerzas extraestatales les impida violar la dignidad del hombre.”

⁷⁷ “[...] la intensidad protectora de los derechos fundamentales es diferente según vaya dirigida contra el Estado o contra terceros, puesto que en el derecho privado cuenta con la limitante de la autonomía privada, [...]”

⁷⁸ “Las cláusulas generales tradicionalmente reconocidas por la doctrina iusprivatista, tales como las buenas costumbres, la buena fe, y las demás previstas por el ordenamiento civil; idóneas para recibir los contenidos establecidos por las normas constitucionales relativas a las posiciones fundamentales de libertad; y que actuarían como puntos de irrupción, como puntos de entrada de los derechos fundamentales en tráfico jurídico privado.”

com a autonomia privada para tutelar a pessoa humana, mas limitá-la-ia e regulamentá-la-ia em seu exercício. Não haveria incidência direta dos direitos fundamentais na relação jusprivada, mantendo-se, destarte, a solidez e estrutura do sistema de jurídico privado. Simultaneamente, promove-se a defesa das posições jurídicas jus-fundamentais.⁷⁹ Nesse aspecto, a ligação entre cláusula geral e direito fundamental permite com eficiência grande integração hermenêutica no sistema constitucional aberto, de regras e princípios, no ambiente social marcado pela complexidade e pluralidade.

Assim, a aplicabilidade dos preceitos jusfundamentais nas relações de direito privado estaria sempre ligada a uma atividade dos poderes públicos: a jurisdicional, sendo tarefa dos juízes introduzirem os valores que eles expressam no âmbito jurídico privado, através de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados capazes e necessitados de serem colmados valorativamente. (ESTRADA, 2000, p. 115, tradução nossa).⁸⁰

Outro vértice da teoria mediata – investiga Estrada (2000) – se dá por intermédio de intervenção legislativa. Hesse compartilha desse entendimento e aduz que

ao legislador de direito privado corresponde constitucionalmente a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e direto, em direito imediatamente vinculante para os partícipes de uma relação jusprivada. (HESSE, 1995, p. 64, tradução nossa).⁸¹

Contudo, trata-se a premissa hesseana de vinculação do legislador, não do ente privado, aos direitos fundamentais. Todavia, pelo amor ao debate, traz-se à lume o exemplo da edição do Código de Defesa do Consumidor. Atendendo ao comando constitucional presente no art. 170, da Lei Maior, o legislador

⁷⁹ Uma forma clara de se verificar o posicionamento de Dürig se daria quando alguém pretendesse atrair a incidência de direitos fundamentais a tutelar a pessoa humana, quando houvesse um contrato que manifestamente viesse a ferir o inciso II do art. 104 do Código Civil Brasileiro. Só poderá haver penetração de direitos fundamentais na relação jurídica privada, a partir do momento em que o contrato for validamente formalizado, em face da licitude de seu objeto. A irrestrita eficácia de direitos fundamentais poderia conduzir a validação de negócios jurídicos que não carregam em si as condições básicas de ingressarem sequer na ordem jurídica, ficando à margem do Direito. Não seriam os direitos fundamentais a legitimar o contrato inválido e ineficaz.

⁸⁰ “*La aplicabilidad de los preceptos iusfundamentales en las relaciones de derecho privado estaría siempre ligada a una actividad de los poderes públicos: la jurisdiccional, siendo tarea de los jueces introducir los valores que ellos expresan en el ámbito jurídico privado, a través de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos capaces y necesitados de ser colmados valorativamente.*”

⁸¹ “*Al legislador de derecho privado corresponde constitucionalmente la tarea de transformar el contenido de los derechos fundamentales, de modo diferenciado y directo, en derecho inmediatamente vinculante para los participantes en una relación jurídico privada.*”

infraconstitucional fez erigir todo um microssistema, dando forma e conteúdo à tutela da pessoa humana enquanto consumidora e inserida no mercado econômico, em prol da realização dos fundamentos de toda a ordem constitucional econômica e da dignidade da pessoa humana.

De acordo com o que se colhe das teorias apontadas, propõe-se, como Vale (2004), que deve ser manter um modelo misto de irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais no palco jurídico privado. Às vezes, dependendo da contenda, os conteúdos normativos dos direitos fundamentais necessitarão das cláusulas gerais do direito privado para operarem validade. Às vezes, o texto constitucional será prontamente aplicado ao caso jusprivado, como ocorre, por exemplo, com a tutela da esfera moral da pessoa, quando sofre invasão em sua vida privada, em sua intimidade. (art. 5º, X da Constituição de 1988).

Todavia, num caso ou no outro, vale recordar o ensinamento de Heidegger sobre a verdade. Seja para preencherem a vagueza de uma cláusula geral ou mesmo para serem aplicados diretamente no caso concreto, os enunciados normativos constitucionais atinentes ao aspecto existencial das pessoas, bem como no que se relacione com a aplicação dos direitos da personalidade, sob pena de recaírem no subjetivismo, devem ser tidos como padrões que tratam da pré-compreensão da pessoa no sistema do direito, e não como a verdade que solucionará definitivamente o caso concreto.

4 RELAÇÕES E SITUAÇÕES JURÍDICAS

4.1 A relação jurídica no ambiente do Estado liberal

No conceito estrutural do direito privado, doutrinado pela pandectícia alemã⁸², a relação jurídica apresenta-se, como narra Amaral (2006), traduzida no vínculo interpessoal reconhecido pelo direito, cujo conteúdo é determinado pelo exercício da autonomia conferida às partes pelo sistema legal. Sobre essa questão, expressou-se Savigny:

Toda relação jurídica aparece-nos como relação de pessoa a pessoa⁸³, determinada por uma regra de direito que confere a cada sujeito um domínio onde sua vontade reina independente de qualquer vontade estranha. Em consequência, toda relação de direito compõe-se de dois elementos: primeiro, uma determinada matéria, a relação mesmo; segundo, a idéia de direito que regula essa relação. O primeiro pode ser considerado como elemento material da relação de direito, como um simples fato; o segundo, como elemento plástico que enobrece os fatos e lhe impõe a forma jurídica. (SAVIGNY *apud* AMARAL, 2006, p. 162).

A relação jurídica privada⁸⁴ é aquela interpessoal na qual as vontades individuais transitam dentro dos limites propostos pela legislação. Essa visão, dita *personalista* da relação jurídica, entende a “vontade do sujeito como fundamento do individualismo jurídico, e este como justificação axiológica do poder jurígeno dos particulares.” (AMARAL, 2006, p. 166). Através desse poder de determinar o conteúdo obrigacional das relações nas quais se inclui, distribuem-se direitos e deveres, ou obrigações, estritamente, entre as partes consideradas. Por isso o regulamento interpessoal, na flagrante maioria das vezes, somente terá validade entre os pactuantes.

⁸² Amaral comenta que “a pandectícia alemã tinha a pretensão de ser estritamente científica, neutra, rejeitando todo e qualquer sistema de idéias que servisse de fundamento ao direito. Este seria apenas um conjunto ordenado e unitário de elementos, entre os quais, alguns conceitos dedutíveis uns dos outros, conceitos fluidos, como o da relação jurídica.” (AMARAL, 2006, p. 165).

⁸³ Um dos grandes problemas que a teoria clássica da relação jurídica não consegue resolver refere-se às relações polarizadas pelo que se convencionou chamar de ‘entes despersonalizados’.

⁸⁴ No Estado liberal, a relação jurídica era dualizada em pública e privada, universos paralelos intocáveis. A relação jurídica de direito público, segundo Amaral (2006), seria aquela em que o Estado ocupa um dos pólos, em posição vertical de autoridade. As relações jurídicas privadas seriam aquelas nas quais ambas partes sustentam relação de igualdade formal e horizontal, mesmo que fosse o Estado uma delas.

A personalidade jurídica não poderia ser nada além do que a aptidão reconhecida a todas as pessoas de exercerem atos da vida civil, ou seja, de relacionarem-se juridicamente, contraindo obrigações e adquirindo direitos privados de fito patrimonial.

O positivismo jurídico⁸⁵ do sec. XIX, segundo Luhmann (1985), não cunhou o direito do nada. O movimento legislativo estruturou em normas jurídicas vinculativas questões que eram anteriormente reguladas por uma outra ordem, como a do direito natural, costumeiro, canônico; ou das tradições sociais e econômicas.

A sociedade burguesa de anseios liberais obteve acesso ao processo legislativo no culminar da positivação do direito oitocentista. O racionalismo e o mecanicismo estruturaram a relação jurídica, sintetizando-a como o mecanismo necessário para que uma negociação econômica repercutisse no sistema do direito. O Código era o beneplácito jurídico fixador da sociedade civil, das relações inter-privadas, da circulação lícita de riquezas. O Direito refletia, então, os interesses individualistas e patrimonialistas, além de promover segurança jurídica como jamais percebida, pois a esfera jurídica e econômica de toda sociedade civil estariam isentas de quaisquer intervenções estatais, como as que se perpetraram durante o *ancient régime*. A Constituição escrita travou, como direito fundamental da pessoa humana, a propriedade privada e passou a assegurar juridicamente o monopólio de exploração de determinada coisa, bem como garantir a não-interferência no exercício desse monopólio. “Reconhece-se assim que a pessoa tem determinados objetivos e que, para desenvolvê-los, precisa de determinadas prerrogativas de direito.” (AMARAL, 2006, p.189).

A sociedade materialmente complexa dos sécs. XVIII e XIX, nas quais “o número de temas simultaneamente passíveis de tratamento jurídico” (LUHMANN, 1985, p. 11) aumenta exponencialmente, utilizou-se, basicamente, dos conceitos jurídicos do *direito subjetivo* e da *obrigação jurídica* para estabilizar as expectativas sobre comportamentos e pacificar a sociedade.⁸⁶

⁸⁵ Contudo uma vez que se positiva específica expectativa de comportamento, outras tantas podem deixar de ser contempladas como um filtro juridificante de possibilidades fáticas. “O direito positivo pode ser caracterizado através da consciência da sua contingência: ele exclui outras possibilidades, mas não as elimina do horizonte da experimentação jurídica para o caso de que pareça oportuna uma modificação correspondente do direito vigente; [...]” (LUHMANN, 1985, p. 10).

⁸⁶ Robles (2005) alerta que hoje ainda se faz presente a noção de que o Direito (aquele instrumento de regulação social) ocorre tão somente através dos direitos subjetivos, quando, em verdade, toda a sociedade é regulada mais em função de deveres e obrigações do que por direitos (noção de direito subjetivo). O resultado é que as pessoas tendem a não se enxergarem como titulares de várias

A codificação civil liberal regravava a vida social, em especial no que se relacionava com o patrimônio. O patrimônio se adquire através de relações econômicas interpessoais jurídicas, e a possibilidade de aquisição de obrigações resta como algo indissociável da pessoa. Integra seu conceito para o Direito, tanto quanto revela que todas podem participar passivamente (ou ativamente) de relações jurídicas.

Na relação jurídica clássica, apenas os interesses dos particulares eram transacionados. Fincava-se na relação débito/crédito: ao direito subjetivo corresponde um dever jurídico. Este é o liame que une as pessoas de direito, que são, assim, aptas a adquirir direitos e contrair obrigações. A relação era entendida como simples, quando restritivamente um crédito fosse entregue a uma pessoa, e o dever ou sujeição correlatos entregues à outra. A complexa, segundo Varela, “abrange o conjunto de direitos de deveres ou estados de sujeição nascidos do mesmo facto jurídico.” (VARELA, 2002, p. 65). A compra-e-venda por excelência se traduz enquanto modelo de relação jurídica complexa. No ambiente do estado liberal, a compra-e-venda atribuía tanto ao vendedor quanto ao comprador uma série de direitos e deveres, ônus e/ou sujeições, todos recíprocos e co-originários na própria relação jurídica. Todas as normas que incidiam sobre essa sagrada relação privada se situavam estritamente no ambiente do direito privado perenizado no *codex*.

Contudo, crescentemente, as relações jurídicas praticadas no ambiente estabilizado pelo Estado liberal se tornaram cada vez mais complexas. O incremento do comércio, desenvolvimento de tecnologias, crescente globalização e mundialização de mercados, proteção do trabalhador, do meio ambiente e do consumidor, a multiplicação de relacionamentos, transformam todas as relações jurídicas em relações complexas. Em meio ao turbilhão de reviravoltas econômicas, jurídicas e sociais, aquele não interventor Estado liberal, que se constituiu marcadamente pelo individualismo, patriarcalismo e patrimonialismo, evolui para um modelo de Estado social. Este, por seu turno, passa a intervir ativamente na economia e na autonomia da vontade do ente particular com fins à realização do bem comum, funcionalizando os consagrados ‘direitos’ subjetivos, como o de propriedade, ou ainda, promovendo dirigismo contratual. O direito subjetivo deixa,

obrigações e deveres. Todos reconhecem e querem seus ‘direitos’, e são poucos os que reconhecem e cumprem suas obrigações.

então, de ser absoluto. Seu uso e utilidade deixam de ser ilimitados. Entram em cena, tutelando a pessoa humana, os direitos constitucionais fundamentais.⁸⁷ Portanto, outra doutrina surgiu para acompanhar, estudar, discutir e justificar a complexidade das relações jurídicas que distribuem direitos e deveres entre os particulares, regulando seus comportamentos. Trata-se da teoria das situações jurídicas. Consoante Perlingieri:

não é suficiente aprofundar o poder atribuído a um sujeito se não se compreendem ao mesmo tempo os deveres, as obrigações, os interesses dos outros. Em uma visão conforme aos princípios de solidariedade social, o conceito de relação representa a superação da tendência que exaure a construção dos institutos civilísticos em termos exclusivos de atribuição de direitos. (PERLINGIERI, 2002, p. 113).⁸⁸

De acordo com o balizamento atribuído à pesquisa, da importância entregue ao elemento empírico preconcebido nos enunciados normativos, a estruturação da relação jurídica nos moldes defendidos por Perlingieri permitirá provar a sustentabilidade do entendimento pela personalidade jurídica dilatada.

4.2 As situações jurídicas

Então, uma renovada visão da relação jurídica começou a se formar. Ao invés de fincada na tradicional antagônica visão de que é uma relação de crédito *versus* débito, ou seja, do direito subjetivo contraposto a uma obrigação ou dever jurídicos, e vice-versa, conforme o caso, passa-se a verificá-la como aquela que se dá entre duas ou mais situações jurídicas subjetivadas. De acordo com a doutrina de Perlingieri (2002), o direito subjetivo, o dever, o ônus, a obrigação, o poder jurídico são todos exemplos de situações jurídicas, e se revelam, portanto, como um

⁸⁷ Vale recordar a importância histórica exercida pela declaração dos direitos do homem da ONU em 1948, seguida da ratificação que transformou aqueles direitos humanos em direitos fundamentais.

⁸⁸ A proposta que Perlingieri apresenta encontra sua justificação na relação jurídica, que deve ser reposicionada no centro do sistema jusprivado. Uma das críticas de Perlingieri (2002) ao tradicional modelo que entende a relação jurídica como a que se desenvolve entre dois sujeitos de direito, reveste na forma de ataque às relações que são formadas por 'não-sujeitos', como as que se instituem em face do nascituro, ou em face de 'entes não personalizados', ou mesmo em face do meio ambiente. Outrossim, a polarização da relação jurídica, no ambiente do Estado liberal procurou verificar tão somente o estabelecimento de uma homogeneidade entre as partes, ou seja, sujeito *versus* sujeito. De outro lado, interesses difusos eram expurgados da relação que limitava seus efeitos estritamente entre seus partícipes.

complexo de faculdades, permissões, poderes, submissões jurídicas que um titular sustenta e desvela em face de uma posição jurídica que ocupe.⁸⁹ A situação jurídica surge da concretização do direito objetivo, quando a *fattispecie*⁹⁰ dos enunciados normativos são preenchidos pelos efeitos⁹¹ do implemento de fatos jurídicos. Para Cordeiro, “a situação jurídica surge assim como o culminar de todo o processo de realização do direito, integrando a localização das fontes, a interpretação e a aplicação.” (CORDEIRO, 2005, p. 303). Amaral define a situação jurídica como “um conjunto de direitos e deveres, prerrogativas e obrigações, que se cria em torno de um fato, uma situação ou um ato, capaz de gerar efeitos jurídicos.” (AMARAL, 2006, p. 186). Para Perlingieri,

a eficácia do fato com referência a um centro de interesses [juridicamente tutelado], que encontra a sua imputação em um sujeito destinatário, traduz-se em situações subjetivas juridicamente relevantes. Tem-se de um lado a norma jurídica [...]; do outro, o fato concreto. Quando se verifica este último produz-se o efeito; o interesse previsto pela norma traduz-se no interesse (objetivo) do destinatário [titular]. (PERLINGIERI, 2002, p. 105).

Tome-se como exemplo a própria pessoa humana. Desde que entendida como um *centro de imputação de normas jurídicas*, pode-se sanear que de forma imanentemente constitucional, é titular de vários ‘direitos’ fundamentais, por padrão mínimo humano. Esses mesmos enunciados normativos de ‘direitos fundamentais’ estabelecem para a pessoa diversos deveres, como os pessoais da alteridade

⁸⁹ Tome-se, por exemplo, a propriedade privada. Fachin (2003) relata que seu titular, no durante o liberalismo, exercia-a de forma individual e ilimitada, posto que a propriedade privada não era entendida por sua função social, mas, sim, por sua função estritamente patrimonial. Na época denunciada então, podia-se dizer que o titular exercia um direito subjetivo de propriedade, e tal entendimento se mostrava suficiente para pacificar a sociedade. No modelo do estado social esse quadro se transmuta. Sobre a propriedade privada incidem normas de caráter público, ou seja, deveres. Assenta-se positivado, na experiência brasileira, um estatuto agrário e outro urbano. O proprietário, titular do monopólio de exploração da coisa é obrigado a cumprir vários deveres jurídicos, como o pagamento de impostos, ou ainda ônus jurídicos, como registros e averbações públicas. Outras obrigações, não pensadas pelos liberais, afetam a propriedade hodierna, como pactos condominiais.

⁹⁰ Perlingieri traduz como *fattispecie* a “situação fática abstrata prevista numa norma e a cuja verificação concreta se segue ao produto dos efeitos jurídicos previstos nessa norma.” (PERLINGIERI, 2002, p. 313).

⁹¹ Perlingieri trata das situações jurídicas (subjetivas) traduzindo-as como categorias que medem os efeitos do agir humano. Essas categorias são o direito subjetivo e potestativos, o poder jurídico, o interesse legítimo, a obrigação, o ônus. Algumas situações são funções sociais, outras têm função social. As situações jurídicas possuem inerentemente caráter regulador ou normativo. A juridicidade se evidencia no poder de realizar ou exigir que outros realizem, ou ainda que se abstenham de fazer determinados atos que encontram confirmação em princípios ou em normas jurídicas. (PERLINGIERI, 2002, p. 96-107).

(respeito ao próximo) ou ambientais (difusos). Considere-se, então, que toda pessoa humana é igual destinatária desses direitos essenciais. Na sociedade marcada pelo Estado democrático de Direito, determinarão a situação jurídica experimentada na faticidade tanto as fontes normativas privadas quanto as normas constitucionais. A situação subjetiva não resta determinada exclusivamente por conteúdos normativos de direito civil. Então o Direito estará permanentemente determinando o modo de ser da pessoa na sociedade. Antes mesmo de contratar, a pessoa humana já sustenta juridicamente sua inatingível dignidade.⁹² Alguns interesses descritos no direito objetivo, como os que tutelam a pessoa, acabam não mais correspondendo ou se enquadrando na clássica noção de direito subjetivo privado. Dadas às suas características especiais, sequer podem ser transacionados ou elididos e estarão perenemente presentes em quaisquer situações subjetivas. Em nada obstante, mas em pólo diverso, quiçá oposto, possuem todos os mesmos deveres, cogentes, como o do respeito ao *alter*, ao meio ambiente, ao mercado.

As situações subjetivas apresentam-se com maior dinamismo ao considerar um centro de interesses que, de acordo com as comunicações jurídicas que ele realiza no sistema jurídico, delimita seu quadro individual de tutela e de obrigações e deveres que lhe tornem imanentes ou inerentes. Cada caso concreto determinará quais conteúdos normativos lhe estruturará. Perlingieri comenta que “toda situação encontra a sua origem em um fato, voluntário ou natural, juridicamente relevante.” (PERLINGIERI, 2002, p. 106).

Em conjunto ao direito subjetivo, aí incluídos os essenciais e também a obrigação, outras categorias normativas preenchem o conteúdo das situações jurídicas quando se subjetivam. Em alguns casos, o uso da autonomia privada deflagra e suga, para o bojo da relação jurídica, uma série de direitos e deveres positivados na Constituição Federal. Segundo Perlingieri,

de um ponto de vista objetivo, a situação é um interesse⁹³ que, essencial à sua existência, constitui o seu núcleo vital e característico. Interesse que pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoal e existencial, ora um e outros juntos, [...]. (PERLINGIERI, 2002, p. 106).

⁹² Nesse sentido, ver art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988.

⁹³ Para o autor sob comento, “o interesse reconhecido a um sujeito traduz-se, no momento do seu exercício, em comportamento e, normalmente, em atividade: o reconhecimento, isto é, a existência de um interesse juridicamente relevante, precede logicamente o exercício, a atuação e as vicissitudes do interesse.” (PERLINGIERI, 2002, p. 106).

A doutrina de Perlingieri (2002) divide as situações subjetivas sob os aspectos funcional e normativo. Do ponto de vista funcional, a situação jurídica subjetiva é estudada em face da função que desempenha em meio às relações sócio-jurídicas. “Existem situações que ‘são’ funções sociais, outras que ‘têm’ função social. (PERLINGIERI, 2002, p. 107). Assim, os interesses são tutelados tanto em face do indivíduo quanto em face da coletividade, o que traduz, na maioria das hipóteses, em situações jurídicas subjetivas complexas, “compostas tanto de poderes quanto de deveres, obrigações.” (PERLINGIERI, 2002, p. 107).

A juridicidade, do ponto de vista regulamentar ou normativo, que atribui à situação subjetiva relevância jurídica, para Perlingieri (2002),

traduz-se no poder de realizar ou de exigir que outros realizem (ou que se abstenham de realizar) determinados atos e encontra confirmação em princípios e em normas jurídicas. Nesse aspecto, a situação constitui uma norma de conduta que pode significar atribuição ao sujeito [...] do poder de realizar, outras, de não realizar determinados atos ou atividades. (PERLINGIERI, 2002, p. 107).

Sendo assim, a função da relação jurídica entendida como a relação entre situações subjetivas⁹⁴ será a de regulamentar um caso concreto, disciplinando centro de interesses opostos, porém relacionados, “de maneira que estes tenham uma composição ou harmonização.” (PERLINGIERI, 2002, p. 116).

A seguir virá a classificação entabulada por Perlingieri (2002) para os vários conteúdos das categorias normativas que traduzem as situações jurídicas.

4.2.1 Direito subjetivo, obrigação e dever jurídicos

Para Amaral (2006), o conceito de **direito subjetivo**⁹⁵ começou a ser

⁹⁴ “As situações subjetivas sofrem uma intrínseca limitação pelo conteúdo das cláusulas gerais e especialmente daquela de ordem pública, de lealdade, de diligência e de boa-fé, que se tornam expressões gerais do princípio de solidariedade. O ordenamento reconhece a propriedade de um bem, a titularidade de um crédito, somente enquanto o direito for exercido em conformidade com as regras [e princípios]; se assim não acontecer, o interesse não será nem reconhecido e nem tutelado.” (PERLINGIERI, 2002, p. 122).

⁹⁵ Perlingieri (2002) resume a duas as tradicionais definições do direito subjetivo. “Direito subjetivo como poder da vontade e direito subjetivo como interesse protegido.” (PERLINGIERI, 2002, p. 120) e define-o conceitualmente através de uma mistura das duas acepções: “O direito subjetivo é [...] o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio do

doutrinariamente elaborado a partir dos glosadores que interpretavam o *Corpus iuris civilis* de Justiniano e se consolidou na pandectícia alemã do sec. XIX.⁹⁶ Para evoluir ao entendimento de que o direito subjetivo é “um poder jurídico à disposição dos

sujeito.” (PERLINGIERI, 2002, p. 130).

⁹⁶ Dentre as teorias **afirmativas** que tentam explicar os direitos subjetivos, há a **teoria da vontade**, a do interesse e a mista. Segundo Amaral (2006), Savigny, Gierke e Windscheid filiam-se à primeira delas, de notório cunho liberal, que prega o afastamento do estado das relações privadas e robor a autonomia da vontade. Para eles, o direito subjetivo é “poder de vontade reconhecido pela ordem jurídica.” (AMARAL, 2006, p. 194). Segundo Ráo, “toda relação jurídica se nos apresenta como relação estabelecida entre várias pessoas e determinada por uma regra de direito; determinação esta, que consiste em se atribuir à vontade individual um campo dentre cujos limites ela possa atuar independentemente de qualquer vontade alheia. A essência da relação jurídica se define, pois, como sendo uma esfera independente do domínio da vontade.” (RÁO, 1999, p. 531). A teoria da vontade como geradora de direitos subjetivos encontra várias críticas doutrinárias, entre elas, como exposto por Ráo (1999), a constatação de que há direitos que se originam em fatos outros que não oriundos da vontade da pessoa, como o caso fortuito, a força maior, nascimento, morte, aluvião. Para a **teoria o interesse**, de Jhering, o direito subjetivo é um interesse tutelado pelo ordenamento jurídico. Ráo descreve que, para essa escola, o direito subjetivo compõe-se de dois elementos, um substancial que consagra sua utilidade, vantagem ou proveito e outro formal, que traduz-se no meio juridicizado para tutela do direito prescrito. Para Jhering, o direito “só existe para servir ao homem, para lhe proporcionar uma utilidade. E, assim sendo, seu conteúdo sempre se caracteriza como um bem, material ou moral, que considerado em si representa um valor e, considerado em reação ao beneficiário, subjetivamente, constituir um interesse, ao qual a ação se junta, para protegê-lo.” (RÁO, 1999, p. 538). Jhering coloca a vontade, em face de sua teoria de base finalista, em segundo plano. Andrade critica Jhering e expõe que o “interesse constitui o substrato do direito subjectivo. É-lhe subjacente; está antes dele [...] ou para além dele. Em todo o caso, está fora dele. Não diz respeito à sua estrutura, mas só à sua função. Não tem que entrar, portanto, na definição do respectivo conceito. (ANDRADE, 1977, p. 8). Jellinek une os dois fundamentos, vontade e interesse, e funda uma **teoria mista**, ou, como aduz Amaral, eclética, ou seja, o direito subjetivo “é um interesse tutelado por lei mediante o reconhecimento da vontade individual.” (AMARAL, 2006, p. 195). A teoria mista, segundo Ráo, todavia, na concepção formulada por Saillelles, evidencia “o interesse social como elemento do direito subjetivo” (RÁO, 1999, p. 545), e o traduz como “poder posto a serviço de interesses de caráter social, exercidos por uma vontade autônoma.” (RÁO, 1999, p. 544). Portanto, formula o seguinte: Vicente Ráo determina conceituação para os direitos subjetivos: “[...] é o poder de ação determinado pela vontade que, manifestando-se através das relações entre as pessoas, recai sobre atos ou bens materiais ou imateriais e é disciplinado e protegido pela ordem jurídica, a fim de assegurar a todos e a cada qual o livre exercício de suas aptidões naturais, em benefício próprio, ou de outrem, ou da comunhão social.” (RÁO, 1999, p. 615). Outra forma de justificar os direitos subjetivos se assenta em **teorias negativistas**, ou seja, as que negam a existência do direito subjetivo. Para a Escola de Viena, encabeçada por Hans Kelsen, “se não existem direitos subjetivos no sentido de poder da vontade assegurado pela lei, ou no sentido de interesses juridicamente protegidos, e se o que se chama direito subjetivo não é senão uma norma de concreta e individual, conseqüentemente também não existem sujeitos de direito subjetivos, investidos de poderes da vontade ou de interesses.” (RÁO, 1999, p. 559). Em Kelsen o direito subjetivo se porta como reflexo de um dever ou obrigação jurídica. Relata Chamon Júnior que “Kelsen vai admitir que somente podemos compreender como direito subjetivo aquele poder jurídico “conferido pela ordem jurídica” para que o sujeito possa fazer valer o não cumprimento de um dever jurídico [...]” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 94). Um dos problemas enfrentados pela doutrina kelseana, segundo ainda Chamon Júnior (2006), reside no fato de que muitas das condutas a que se obriga uma pessoa não travada em face de outra pessoa (entre indivíduos). A tutela da fauna e flora não escapa a tal crítica. Amaral também cita várias críticas que são comumente perpetradas a ambas teorias e conclui que o direito subjetivo, fundado na autonomia privada, é o representativo de “uma esfera de liberdade, um domínio reservado ao titular respectivo, traduzindo-se em poder legítimo de atuação individual. [...] [É] um poder de agir e de exigir do outro determinado comportamento para a realização de um interesse, pressupondo a existência de uma relação jurídica.” (AMARAL, 2006, p. 195). Ráo ainda percorre as teorias absolutistas e totalitaristas como escolas que surgiram com pretensão de justificar os direitos subjetivos.

indivíduos para a realização de seus interesses” (AMARAL, 2006, p. 190), ou como “permissão normativa específica de aproveitamento de um bem” (CORDEIRO, 2005, p. 332), imperioso considerar que o movimento renascentista redundou em grande valorização do indivíduo, que pautou sua vida em fontes objetivas de Direito. “Surge a idéia de *ius subjectivum*, do direito subjetivo, como expressão do reconhecimento que o direito confere à esfera da liberdade (autonomia) das pessoas.” (AMARAL, 2006, p. 190). Desde que o homem saiu de um estado de natureza e passou a juridicizar suas relações, através de contratos privados e diplomas normativos, o direito subjetivo passou a ser das mais importantes estruturas internas do sistema do Direito, pois possibilitou a distribuição de bens jurídicos (naquela época, estritamente patrimoniais) entre as pessoas.

A noção de direito subjetivo, tradicionalmente cunhada, que se situa no campo da autonomia privada, é a que o revela como “o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento.” (AMARAL, 2006, p. 188). O autor complementa, ao categorizar que o direito subjetivo “manifesta-se como permissão jurídica, com a qual se pode fazer ou ter o que não for proibido, como também exigir de outrem o cumprimento do respectivo dever, sob pena de sanção.” (p. 188).

Segundo Perlingieri (2002), o grande salto que a teoria dos direitos subjetivos deu, quando da passagem do Estado liberal para o Estado social e democrático de Direito, foi o da sua funcionalização.⁹⁷

O perfil mais significativo é constituído pela obrigação, ou dever, do sujeito titular do direito de exercê-lo de modo a não provocar danos excepcionais a outros sujeitos, em harmonia com o princípio de solidariedade política, econômica e social (art. 2 Const.). Isto incide de tal modo sobre o direito subjetivo que, em vez de resultar como expressão de um poder arbitrário, acaba por funcionalizá-lo e por socializá-lo. No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse

⁹⁷ Perlingieri (2002) estuda os limites conferidos aos direitos subjetivos e critica as concepções que se redundam no entendimento de que o direito subjetivo permanece, em termos principiológicos, como absoluto, restando limitados apenas, como exceção, seus usos abusivos. Para o autor, esse enfoque se mostra inadequado. Atualmente, não há se falar em ‘direito’ subjetivo, mas em ‘situação’ subjetiva. Não se pode mais entender que a propriedade, o crédito estão ilimitadamente à disposição de seu sujeito, “de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, pré-existente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, ou noção, transmitido de geração a geração.” (p. 121). Na concepção do autor, o que existe, sim, “é um centro de interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular. Os chamados limites externos, de um ponto de vista lógico, não seguem a existência do princípio (direito subjetivo), mas nascem junto com ele e constituem seu aspecto qualitativo.” (p. 122). Assim, o ordenamento tutelar o interesse que atenda às razões tanto do ente particular quanto da coletividade.

do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional. (PERLINGIERI, 2002, p. 121).

Jellinek, que havia unificado os dois conceitos de direito subjetivo provenientes da pandectícia clássica, confraternizando uma 'teoria mista', sustenta que os direitos subjetivos seriam privados ou públicos. Os direitos subjetivos privados seriam os separáveis da personalidade de seu titular através de um ato de vontade. Os **direitos subjetivos públicos** seriam aqueles que não se podem despregar de seu titular sem que sua personalidade reste diminuída e que formam, portanto, o *status* incindível do indivíduo.⁹⁸ Fundamentam-se na limitação dos poderes do Estado sobre seus súditos no intento de “assegurar ao indivíduo uma esfera intocável contra intervenções arbitrárias, seja de terceiros, seja das autoridades estatais” (ESTRADA, 2000, p. 39, tradução nossa)⁹⁹, na busca dos fins da coletividade.

Estrada (2000) anota que a doutrina de Jellinek difere o direito subjetivo privado do público de acordo com o elemento interno dominante e estruturante. No primeiro, revela-se tal elemento na licitude que deve preencher as ações que são juridicamente relevantes e permitidas (deixadas ao arbítrio do interessado) pelo ordenamento jurídico. Já os direitos subjetivos públicos têm por elemento definidor uma função¹⁰⁰, ou seja, a união de um direito com um dever. Para Estrada (2000), o caráter público desse elemento advém da sua natureza de concessão estatal.

A noção de **obrigação**¹⁰¹ deve ser separada de outras categorias passivas

⁹⁸ “[...] los primeros [direitos subjetivos privados] son derechos privados separables de la personalidad de su titular mediante un acto de voluntad; los segundos, derechos públicos, que no se pueden desprender de su titular sin que la personalidad de este resulte disminuida: conforman por lo tanto el *status* irrevocable del individuo.” (ESTRADA, 2000, p. 38).

⁹⁹ “[...] asegurar al individuo contra las intervenciones arbitrarias, sea de terceros, sea de las autoridades estatales; y emprender labores de fomento en aquellos casos en que la actividad individual no baste para la consecución de los fines particulares.”

¹⁰⁰ Ráo (1999) classifica o direito subjetivo público como “unidades jurídicas caracterizadas por poderes e deveres, ao mesmo tempo; e por isso se qualificam como direitos-funções, ou direitos-deveres [...]” (RÁO, 1999, p. 614).

¹⁰¹ Orlando Gomes (2004) entrega ao escopo do direito das obrigações o que se refira aos liames jurídicos “de natureza patrimonial que se formam entre sujeitos determinados para a satisfação de interesses tutelados pela lei.” (GOMES, 2004, p. 5), ou seja, no que se refira a relação jurídica formadora de crédito e débito. Frisa que as relações patrimoniais são travadas entre pessoas com a finalidade de satisfação de interesses particulares, pelo que têm natureza pessoal e, por terem conteúdo patrimonial, exercem grande influencia no sistema econômico diante da produção,

como o ônus, o dever e a sujeição. A doutrina que classifica obrigação como “relação jurídica por virtude da qual uma (ou mais) pessoa pode exigir de outra (de outras) a realização de uma prestação” (VARELA, 2000, p. 62), estará tratando da obrigação nos moldes da relação jurídica clássica fundada no binômio crédito/débito. Para essa noção de obrigação, deverá ocorrer o sacrifício de um interesse próprio para a consecução de um interesse de outrem, cujo elemento decisivo é a prestação. Uma das partes tem que se comprometer a dar algo, a fazer ou não fazer em interesse de outra pessoa. Essas obrigações são determinadas de forma imediata somente pela lei e de forma mediata pela atividade humana que deflagra o efeito previsto pela norma, traduzidos como “fatos constitutivos de obrigações” (GOMES, Orlando, 2004, p. 34). Portanto, falar em obrigação como no modelo descrito não significa falar do conteúdo dessa obrigação, mas tão somente que se está obrigado a algo, que será o dever, o ônus, o estado de sujeição, que descreverá uma situação jurídica ‘obligacional’.

Dentre as categorias normativas obrigacionais, o **dever jurídico** advindo do contrato ou da Lei posiciona-se como o contraponto do direito subjetivo. Quando analisado internamente no âmbito da relação jurídica jusprivada, corresponde à prestação que deve ser desempenhada por uma parte em prol da outra.

Cordeiro (2005) remete, ainda, à noção de **deveres genéricos**, que traduzem-se em situações jurídicas de natureza passiva que independem de relações jurídicas, sendo, portanto, absolutas, como o dever genérico de respeito à propriedade, inclusive intelectual alheia; ou como os deveres oriundos de direitos de vizinhança, como o de não perturbar. Por genéricos, não se originam das relações jurídicas privadas, mas, sim, da força cogente da Lei. Sendo assim, não gera em contraponto um direito subjetivo clássico, posto que uma quantidade inimaginável de pessoas podem exigir sua observância. Por isso, tem-se que os deveres jurídicos advindos das normas definidoras de direitos de personalidade e de direitos fundamentais exercerão influência permanente sobre o direito privado. Aproximam-se desta maneira, dos direitos subjetivos públicos.

4.2.2 Direito potestativo e estado de sujeição

Varela posiciona o **direito potestativo** como “poder conferido a uma pessoa de, mediante um acto unilateral (isolado ou apoiado em outro acto de uma entidade pública), criar, modificar, ou extinguir uma relação jurídica com outra pessoa.” (VARELA, 2000, p. 56-57). O exercício do direito potestativo, cujos efeitos modificativos, criadores ou extintivos¹⁰² se dão na esfera jurídica de outrem, independe de qualquer prestação desta última e pode ser exercido sem qualquer colaboração sua.

Andrade (1977) classifica o direito potestativo (ou conformativo, na doutrina alemã; ou constitutivo, na doutrina espanhola) como variante do direito subjetivo, e não como uma categoria a parte. Em face dos direitos potestativos, o poder

conferido ao respectivo titular tende à produção de um efeito jurídico mediante uma declaração de vontade do titular, só de per si, com ou sem formalidades, ou integrada por uma ulterior decisão judicial. (ANDRADE, 1977, p. 12)

Perlingieri reconhece, no direito potestativo, a “legítima existência de um poder discricional” (PERLINGIERI, 2002, p. 125) que entrega ao seu titular, ou sujeito, um poder ou ‘direito’ que, “exercido, produz efeitos não somente na esfera de quem o exerce, mas também naquela de outros que nada podem fazer para neutralizá-los.” (PERLINGIERI, 2002, p. 125).

Enquanto o direito subjetivo tem por contraponto o dever jurídico, o direito potestativo, que se exaure uma vez exercitado, tem o **estado de sujeição**. O sujeito nada pode fazer, caso o titular do direito potestativo resolva exercitá-lo. O estado de sujeição consiste numa “situação inelutável de uma pessoa ter de suportar na sua própria esfera jurídica a modificação a que tende o exercício do poder conferido a uma outra pessoa.” (VARELA, 2000, p. 56).

Andrade levanta crucial diferença entre a sujeição e o dever jurídico. Defende

¹⁰² São ‘direitos potestativos constitutivos’, como o de preferência ou preempção, os de vizinhança, como as servidões prediais, ou o direito de aceitar herança e constituem, segundo Andrade (1977), relação jurídica nova. Os ‘direitos potestativos modificativos’ alteram uma relação jurídica vigente, como a mudança de rumo de uma servidão de passagem ou a decretação da separação judicial de um casal. Já os ‘direitos potestativos extintivos’ são os que extinguem uma relação jurídica, como é o caso do direito de pleitear divórcio, o direito de resilir um contrato de trabalho.

que “o sujeito do dever jurídico tem a possibilidade de não cumprir, expondo-se embora a sofrer – se assim o quiser o titular do direito subjetivo – as sanções de vária ordem que a lei comina contra o obrigado negligente ou relutante.” (ANDRADE, 1977, p. 17). A sujeição, por seu turno, “consiste na necessidade imposta pela ordem jurídica ao sujeitado de suportar as conseqüências do exercício do direito potestativo [...]” (p. 17). Não há como o sujeitado frustrar o exercício do direito potestativo, a não ser que se tenha operado a decadência do mesmo.

4.2.3 Direitos-deveres e o interesse legítimo

Até então, as categorias normativas evidenciadas puderam ser, como tradicionalmente divulgado, ativas e passivas. Tais categorias podem ser chamadas de ‘simples’, pois expressam, segundo seu título, uma posição de poder, ou uma posição de submissão. A *potestà*, na linguagem de Perlingieri, apresenta-se como um **direito-dever**, como “uma situação híbrida que não pode reconduzida às situações subjetivas tradicionalmente definidas ativas e passivas.” (PERLINGIERI, 2002, p. 129). Casos como os da tutela, da curatela, do poder familiar, do administrador configuram-se, juridicamente, como direito-dever. “Como fundamento da atribuição dos poderes existe o dever de exercê-los.” (PERLINGIERI, 2002, p. 129). O exercício desses direitos-deveres não é nem livre nem arbitrário, o que permite ao titular desempenhá-lo segundo uma margem de discricionariedade formatada por suas convicções pessoais, contudo, limitada pela utilização abusiva. Perlingieri (2002) compara a *potestà* a um ofício que se exerce em prol do interesse de outrem ou da coletividade¹⁰³, como o caso do tutor, titular de uma situação subjetiva, em que o interesse tutelado pertence a terceiro (do menor). Apresenta-se como uma situação subjetiva complexa, porquanto seu exercício implica, na atribuição de poderes e na observância dos interesses do representado, tudo conforme os objetivos traçados pelos princípios da boa-fé objetiva e dignidade da

¹⁰³ Ráo (1999) classifica o direito público subjetivo ora como um direito-função, desempenhado pela pessoa do servidor público, preposto estatal, com fins ao alcance do bem comum, ora como direitos-deveres, como o que tem o particular de participar do processo eletivo através do voto. (Direito cujo exercício é imposto pela Lei). Em ambos os casos, são direitos que são atribuídos aos respectivos titulares em prol dos interesses gerais da coletividade.

pessoa humana.

São direitos conferidos no interesse, não do titular ou não apenas do titular, mas também de outra a outras pessoas e que só são legitimamente exercidos quando se mantenham fiéis à função a que se encontram adstritos. Assemelham-se aos direitos subjetivos e, conseqüentemente, aos direitos de crédito, na medida em que conferem ao respectivo titular o poder de exigir de outra pessoa determinado comportamento. Mas não é livre no seu exercício, tendo obrigatoriamente que exercê-los, por um lado e tendo de fazê-los, por outro, em obediência à função social a que o direito se encontra adstrito. (VARELA, 2000, p. 60).

Já Cordeiro refere-se a poder funcional, figura descendente do direito público, como “obrigações específicas de aproveitamento de um bem.” (CORDEIRO, 2005, p. 349). Vale dizer, então, que uma vez que se veja a pessoa na situação jurídica assim descrita, deverá, necessariamente, agir de alguma forma, com certa autonomia, não podendo quedar-se inerte. A pessoa não tem uma permissão para agir, como ocorre no direito subjetivo. Pelo contrário, é obrigada a agir.

Amaral estratifica o poder jurídico como a possibilidade que a pessoa tem de exigir, por intermédio de sua própria vontade, um certo comportamento de outrem, ou ainda como a “de impor certas conseqüências. Por suas peculiaridades, esse poder pode apresentar-se como direito subjetivo, pretensão, direito potestativo e faculdade jurídica, [...]” (AMARAL, 2006, p. 171).

Figura contraposta é a do **interesse legítimo**, lida como a situação jurídica que a *potestà* cria em outros centros de interesse. Perlingieri (2002) usa do exemplo do tutor que tem o poder-dever de agir no interesse do menor. Deste último é legítimo seu interesse em exigir do tutor diligência quanto aos investimentos patrimoniais.

4.2.4 Faculdades e expectativas

Cordeiro (2005) explica que as faculdades inerentes ao domínio (art. 1228 do Código Civil Brasileiro) são um exemplo de situação jurídica diversa que comumente é tomada pelo designativo ‘direito’. Segundo o autor seriam **faculdades**. Fala-se em ‘direitos do proprietário’, quando se deveria falar em ‘faculdades inerentes ao domínio’. Trata a faculdade jurídica da possibilidade de escolha

atribuída ao titular entre dar efetividade ou não às, até então adormecidas, permissões de exploração monopolística da coisa. Implementando o titular do direito de propriedade uma das faculdades do domínio, que lhe é inerente e que tem serventia de possibilitar a exploração econômica e utilitária da coisa, acaba praticando um ato possessório, fato a partir do qual várias outras situações jurídicas vão surgir. A norma jurídica estipulou não um direito subjetivo, clássico e estritamente tomado, mas, sim, uma faculdade, que se formaliza numa denominação comum (direito de propriedade) que agrega vários poderes jurídicos e até mesmo direitos subjetivos ou potestativos, além de deveres e ônus.

Perlingieri (2002) aduz que as **expectativas** são situações jurídicas que, dado ao uso em *fattispecies* imensamente heterogêneas, das quais o sujeito ora não goza que qualquer tutela, ora dela desfruta de forma plena, ou, ainda, de forma limitada. No entanto, não se pode generalizar seu estudo, senão quando confrontada com um caso concreto. Há “expectativas de mero fato, sem reconhecimento jurídico” (PERLINGIERI, 2002, p. 126) como existem as de direito, que conferem, ou ao titular ou ao seu interesse, proteção jurídica. Seria uma expectativa de direito, na visão do autor, aquela que correspondesse à situação subjetiva de alguém que se vê na iminência de contratar, seja pela expectativa que a realização deste negócio lhe proporciona, seja pela esperança criada de que a outra parte aja conforme as expectativas comportamentais que o Direito já estabilizou, como a necessidade de observância de princípios gerais, como o da boa-fé objetiva, da tutela da confiança.¹⁰⁴ Segundo Cordeiro (2005), são situações jurídicas que retratam a

¹⁰⁴ A doutrina nacional não raras vezes entende diversamente de Perlingieri. Gagliano e Pamplona Filho, por exemplo, ministram que “a expectativa de direito é a mera possibilidade de sua aquisição, não estando amparada pela legislação em geral, uma vez que ainda não foi incorporada ao patrimônio jurídico da pessoa. Um exemplo é a fase de tratativas para celebração de um contrato, em que não há falar, ainda, de um direito adquirido, por si só, à realização da avença.” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006, p. 297). Perlingieri (2002) elenca alguns exemplos nos quais a expectativa é tutelada e conforma-se à faticidade na configuração de uma situação subjetiva. Colhidos da jurisprudência pátria, relaciona-se:

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - INADIMPLEMENTO CONTRATUAL - POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS - CONFECÇÃO DE VESTIDO DE NOIVA - FRUSTRAÇÃO DE LEGÍTIMA EXPECTATIVA DA CONSUMIDORA ÀS VÉSPERAS DA CERIMÔNIA - FATO GERADOR DE ANGÚSTIA, DECEPÇÃO E TRISTEZA - PARCELA DEVIDA. Muito embora a doutrina e jurisprudência preceituem que o inadimplemento contratual, por si só, não seja capaz de dar ensejo ao deferimento de indenização por danos morais, em hipóteses excepcionais, onde o dano ultrapassa a esfera patrimonial, a parcela pode ser deferida. Considerando todo o simbolismo que envolve a cerimônia de casamento, notadamente a importância atribuída pela noiva ao vestido que irá utilizar, não se pode negar que, caso o fornecedor que se comprometeu a confeccionar a peça não atenda à legítima expectativa da futura usuária, além de incorrer em inadimplemento do contrato, causará dano moral à vítima em razão da angústia, tristeza e decepção gerada pela insuficiência de qualidade do serviço prestado. (MINAS GERAIS, 2005). Em outro julgado, pronunciou-se o Tribunal de Justiça de

posição do sujeito quando inserido na seqüência de atos e fatos que irão conduzi-lo a um verdadeiro e efetivado 'direito subjetivo'.

4.2.5 O status segundo Perlingieri

Para Perlingieri (2002)¹⁰⁵, a concepção do “*status* deve moldar-se ao seu conteúdo e ao interesse ou valor que representa no vigente ordenamento.” (PERLINGIERI, 2002, p. 13). Será a situação jurídica deferida pelo estado da pessoa aquela que se refira às suas qualidades, predicados ou prerrogativas. Muitas dessas qualidades são as pertencentes de forma indistinta a toda pessoa humana, como os direitos de personalidade e direitos fundamentais. Algumas outras serão adquiridas pela pessoa no curso de sua vida, o que poderá exercer influência ou mesmo determinar uma série de outras situações subjetivas desse indivíduo. Expõe, ainda, que a matéria merece melhor sistematização, para que fiquem individualizados e catalogados os vários significados atribuídos ao *status*, bem como suas relevâncias jurídicas, com fundamentos em seus conteúdos e funções. O autor propõe, por conseguinte, uma classificação aproximada e não exaustiva de algumas qualidades jurídicas que podem ser atribuídas à situação subjetiva do *status*.

A primeira das concepções levantadas por Perlingieri (2002) é a que trata do estado de pessoa (*status personae*). É a noção do

estado do homem relevante em si: valor primário e unidade de direitos e deveres fundamentais [...] da pessoa, considerada seja singularmente, seja nas formações sociais onde se desenvolve sua personalidade. O *status personae* exprime a posição jurídica unitária e complexa do homem em uma

Minas Geais: “É certo que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, vêm entendendo que o rompimento da promessa de casamento podem ensejar a reparação de danos causados, sujeitando-se à regra geral do ato ilícito.” (MINAS GERAIS, 2000).

¹⁰⁵ Perlingieri (2002) aponta três correntes doutrinárias italianas quando se trata de se considerar o *status* como situação jurídica. A primeira delas, a concepção lingüística, nega o estado como uma categoria autônoma de situação subjetiva. Comenta Perlingieri que o estado de cidadão, diante dessa visão, não teria qualquer conteúdo autônomo, pelo que faria referência tão somente “ao complexo das normas e dos efeitos ligados à nacionalidade.” (PERLINGIERI, 2002, p. 132). Essa teoria ignora que o Estado, por si só, pode, tanto de um ponto de vista lógico quanto funcional, colocar em marcha a tutela de interesses, pois o entende como recipiente de previsões normativas. Uma segunda concepção, segundo o autor, o *status* se apresenta como “um estado de vínculo onde se encontra o indivíduo no agregado” (PERLINGIERI, 2002, p. 133), representando um posição do indivíduo na comunidade (Estado, família).

determinada sociedade civil, adquirida desde o momento de sua existência como ser humano. [...] Ele é a tradução subjetiva de um valor objetivamente tutelado, desse modo não-disponível, modificável ou contestável. Todo homem é, como tal, titular de situações existenciais representadas no *status personae*, [que] tem sua função de garantia expressa por uma cláusula geral de tutela [...] e por uma série de previsões explícitas.” (PERLINGIERI, 2002, p. 134 - 135).

O estado de pessoa consiste, portanto, como um fundamento, no alicerce originalmente adquirido que se resume nos “direitos’ invioláveis e os deveres inderrogáveis, típicos e atípicos, conexos, segundo o ordenamento vigente.” (PERLINGIERI, 2002, p. 135). O estado de pessoa traduz-se nos predicados existências de cada um e de todos. Muitos dos enunciados normativos que traduzem sua *fattispecie* encontram estruturados como princípios jurídicos, não como tradicionais regras de direito privado.

Vê-se, então, que a situação subjetiva proporcionada pelo *status personae* necessitará de uma noção de personalidade jurídica mais apurada para que perceba a pessoa humana como o ser determinado por todo o Direito, não tão somente o direito objetivo privado ou ainda o derivado de normas contratuais. Essa pessoa em direito, quando é-no-mundo, tem que ter a aptidão reconhecida para titularizar inclusive normas jurídicas constitucionais.

Outra das facetas do *status* acolhidas pela doutrina de Perlingieri (2002) se refere ao *status civitatis*, ou o “estado de cidadão como autônoma situação subjetiva complexa constituída de direitos e deveres” (PERLINGIERI, 2002, P. 136), como são os casos dos direitos políticos e militares, possibilidade de admissão em cargos públicos. Referem-se aos predicados que o titular pode sustentar em face de ser “filiado”, cidadão, de um Estado. Assim, um estrangeiro goza do estado de pessoa, mas não do *status civitatis*. Perlingieri (2002) trata ainda do *status familiae* e do estado profissional, ambos desprovidos de interesse prático para a presente pesquisa.

4.2.6 Ônus e encargos

Essa outra modalidade paralela à obrigação determina a “observância de certo comportamento [...] como meio de obtenção ou de manutenção de uma

vantagem própria para o onerado” (VARELA, 2000, p. 60), como é o **ônus** de contestar uma demanda judicial, como é o ônus de providenciar registros imobiliários para aquisição de ‘direitos’ reais. Orlando Gomes define esse comportamento como “necessidade de agir de certo modo para tutela de interesse próprio.” (GOMES, 2004, p. 12). A ação é livre, o interessado a exerce apenas se assim desejar sua vontade. Já Perlingieri sinonimiza-o de “obrigação potestativa” e assim o determina como “situações passivas que não vinculam o sujeito titular o qual, com base numa própria avaliação discricional, poderá exercê-las, ou não.” (PERLINGIERI, 2002, p. 128). O ônus define-se como uma situação subjetiva passiva na qual o titular se vê responsável pelo facultativo adimplemento de uma obrigação como condição para aquisição, modificação ou extinção de situações jurídicas outras.

Cordeiro (2005) salienta que não se deve confundir o ônus com um dever posto que não obriga o titular a praticar uma certa conduta prescritiva. Assim, o resultado da prescrição normativa resta facultado aos interesses do respectivo titular.

Encargo, ou como aduz Cordeiro, ônus material, corresponde a “um dever de comportamento que funcionando embora no também interesse de outras pessoas, não possa, por estas, ser exigido no seu cumprimento.” (CORDEIRO, 2005, p. 359). Exemplifica o autor o encargo no dever que tem o consumidor quando adquire coisa defeituosa, de “denunciar o vício dentro de certo prazo” (p. 360), sob pena de decadência. Para realização do seu direito, v.g., de redibir, o consumidor desempenha o encargo, ou seja, denuncia o contrato de consumo em tempo próprio, sob pena de não o fazendo ver extinto seu direito de reclamar.

4.3 A relação jurídica privada no âmbito do Estado democrático de Direito

Presentemente, a vida social deixou de ser regulamentada exclusivamente pelo Código Civil. Mesmo nas relações jusprivadas, há incidência de inúmeras fontes outras como a Constituição Federal, leis e estatutos extravagantes, que se formalizam através das espécies normativas delineadas. A complexidade da relação jurídica entre situações subjetivas “traduz-se na série de deveres, secundários, ou de deveres acessórios de conduta que gravitam as mais das vezes em torno do

dever principal de prestar e até no direito à prestação (principal).” (VARELA, 2000, p. 68). Diante dessa diversidade de fontes a incidir sobre a relação jurídica privada, a doutrina passou a entender que a relação jurídica não poderia mais ser balizada tão somente na idéia de uma relação de crédito e débito determinada exclusivamente pela vontade das partes. Outras categorias se faziam presentes em meio aos direitos subjetivos e deveres obrigacionais estritamente jusprivados.

A pessoa humana – ou a pessoa em direito – que absorve personalidade jurídica dilatada para além das barreiras do Código Civil se vê titular de situações jurídicas subjetivas patrimoniais e de situações jurídicas subjetivas existenciais¹⁰⁶. As situações jurídicas patrimoniais descrevem as que possuem conteúdo econômico, que reflitam circulação de riquezas de síntese patrimonial. As existenciais refletem-se nos mecanismos de tutela da pessoa humana, como os direitos fundamentais e os direitos da personalidade. Desde que erigida uma cláusula constitucional geral de tutela, há que se constatar, que

a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico (*potestà*), ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes. (PERLINGIERI, 2002, p. 155).

A noção de uma personalidade jurídica dilatada permite à pessoa absorver imputação automática dos direitos públicos subjetivos (direitos fundamentais) e de direitos da personalidade, pois assim o *Dasein* é pré-concebido no mundo do Direito. Esse feixe jurídico incondicional ilumina a pessoa aonde quer que ela vá e atue. O desempenho de seu *status* pessoal e efeitos que as relações jurídicas com terceiros influem em sua esfera jurídica individual levam a crer que, mesmo quando contrata, a pessoa em direito será titular de situações existenciais. Ainda quando produz o nada patrimonial, será titular de situações jurídicas subjetivas existenciais. Sempre a faticidade penetrará na *fattispecie* das normas definidoras de direitos essenciais do centro de imputação de normas jurídicas.

Portanto, há que se perceber que não somente direitos (subjetivos) ou

¹⁰⁶ Para Perlingieri (2002), a pessoa não se realiza “através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico (*potestà*), ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes.” (p. 155). Para o autor, a personalidade [direitos de personalidade] é um valor, não um direito, “que está na base de uma série aberta de situações existenciais, na quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.” (p. 156).

obrigações determinarão a situação subjetiva geradora de efeitos jurídicos experimentada na faticidade. Cada situação subjetiva particularmente tomada para análise será determinada, tanto por ações do próprio indivíduo que deflagrem incidência dos direitos (e obrigações) essenciais, em face do encontro do fato concreto com os conteúdos normativos desses enunciados normativos, em vista dos interesses que são movimentados por um titular, quanto por ações de outros, pois o homem é em sociedade (ser-com). Assim, todos estão obrigados a respeitar direitos subjetivos essenciais alheios, e tais 'direitos', para um indivíduo *a*, podem corresponder a deveres de um sujeito *b*.

Vale, então, asseverar que a faticidade é elemento indissociável na formatação de qualquer situação subjetiva. Isso porque, dessa forma a pessoa em direito se revela para específica caracterização jurídica de acordo com os catálogos definidores de direitos essenciais que entregam ao mundo fatores de pré-compreensão do ser humano no sistema do direito.

Contudo, a normativa contida nas categorias descritas por Pelingieri pode se revelar no direito objetivo através de princípios, regras, e ainda cláusulas gerais que incidem sobre a pessoa detentora de personalidade jurídica dilatada.

4.4 O papel dos princípios e regras

Conforme o texto, no ambiente marcado pelo Estado liberal, as relações jurídicas eram formatadas por questões patrimoniais. Ripert (2002) demonstra, já em 1925, a insuficiência de um modelo sistêmico de Direito puro, de regras, como o destinado a promover sustentabilidade social. Relata que a redução do direito (das obrigações) ao estado da técnica desligou a relação jurídica e seus efeitos da causa e das pessoas que a titularizam. De outro lado, propõe que sempre paralelamente ao direito positivo coexistiu um direito de ordem natural, correspondente ao costume moral social. Afirma que muito do conteúdo milenarmente presente no costume do povo (moralidade social) não fora até então positivado, ficando, destarte, afastado do Direito ou do cumprimento jurídico das obrigações.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Cordeiro também assevera sobre a crise do processo juscientífico: "A metodologia jurídica sofreu, neste século [séc. XX] a falência do conceptualismo – redução do sistema a conceitos, com recurso

A separação entre direito e moral, aos moldes kantianos, teria acarretado, no desvelar de um século de positivação do direito, o afastamento dos costumes e regras morais no cumprimento das herméticas regras de direito.

O direito separa-se então da moral. Não diz: sede justo para com os outros. Amai o próximo como a vós mesmo, mas simplesmente: o prejuízo causado por culpa deve ser reparado, a assistência é devida em tal caso determinado. Faz desaparecer dos mandamentos legislativos as palavras que a moral conhece; dá a esses mandamentos a aparência utilitária; [...]. Uma construção técnica é indispensável, de resto, para dar à regra moral a precisão necessária à sanção legislativa. A lei fornece a regra abstrata, a regra deve ser bastante clara para que o homem seja guiado na sua conduta, e a violação possa ser justamente sancionada. Não basta ditar um vago preceito, que cada homem aplicará, a seu modo, segundo a sua consciência. A precisão técnica faz perder à regra jurídica o seu caráter moral. [...] a regra moral de justiça não pode ser introduzida no mundo jurídico, se lhe não derem a precisão técnica, necessária a uma regra legal. (RIPERT, 2002, p. 386).

Ripert (2002) se insurgia contra a escola francesa da exegese e afirmava necessidade de se fazer obrigatório o cumprimento das obrigações dentro dos limites definidos pela moralidade social.¹⁰⁸

Princípios morais, segundo Gomes (2007), nunca poderiam servir de sustentáculo para uma decisão judicial positivista, posto que situado a margem do catálogo positivista. Os efeitos da carência de moralidade denunciada por Ripert¹⁰⁹, no cumprimento das obrigações civis, aliada às atrocidades da Segunda Grande Guerra, conduziram o legislador a cada vez mais positivar leis morais e o juiz a interpretar e aplicar o Direito, segundo esse tipo de norma principiológica de textura aberta que permite melhor argumentação dos fatos concretos ante a necessidade de se assegurar pluralidade social.

simples à lógica formal – o fracasso do positivismo legalista exegético – solução de casos concretos com recurso à Lei como texto – e os óbices da subsunção – passagem mecânica, passiva, do facto para a previsão normativa, de modo a integrar a premissa menor do silogismo judiciário.” (CORDEIRO, 2007, p. 33).

¹⁰⁸ Ainda de acordo com Ripert: “[...] enquanto o legislador ou o juiz não anularem um contrato por lesão, há o *direito* de enriquecer pelo contrato; enquanto eles não apontarem responsabilidade, há o *direito* de prejudicar outrem; enquanto eles não pedirem contas da intenção, há o *direito* de agir de má fé. E esse direito não é um direito positivo a que se possa opor não sei qual outro direito chamado para distinguir do primeiro, direito natural ou direito ideal. [...] Eis o que há de profundamente exato no positivismo jurídico. Querer opor o direito ideal ao direito positivo seria condenar-se a reconhecer a inferioridade do direito ideal. Porque se ambos se qualificam direito, e o direito positivo tem sobre o outro a vantagem da força.” (RIPERT, 2002, p. 392).

¹⁰⁹ O ideal de Ripert se verifica da seguinte afirmação: “Se se quiser que o direito fique impregnado de ideal, é preciso mantê-lo em comunhão com as idéias morais que julgamos superiores a todas as outras quer por uma crença invencível, quer por uma confirmação científica do progresso que elas trouxeram à sociedade dos homens.” (RIPERT, 2002, p. 394).

O positivismo, então, passou, como em Dworkin (2002)¹¹⁰, a se utilizar dos princípios que positivam valores que, em Ripert, se encontram no campo da moral (padrão social não positivado). Direitos fundamentais se multiplicaram, e por todo o ordenamento jusprivado cláusulas gerais abriam o campo semântico da norma a uma diversidade infinita de possibilidades de aplicações e argumentações, de acordo com o que o homem é-no-mundo.

Conforme as aspirações de Ripert, a partir da positivação de direitos fundamentais e de direitos da personalidade, o Direito se ‘moralizara’. Atualmente, verifica-se que os direitos essenciais são estipulados não tão somente em normas fechadas (regras), mas conjuntamente em normas-princípios que são, ainda, estruturantes e fundamentadoras de toda a atividade jurídica pública e privada. A partir do momento em que as ‘leis morais’ se converteram em ‘leis de Direito’, seus caracteres coercitivos se fizeram presentes e se ordenaram, marcando toda a atividade construtora e aplicadora do Direito. Conforme salientado alhures, o imperativo categórico kantiano, no momento do positivismo de primeira geração, ficou relegado à legislação moral; agora, determina e embasa a criação e aplicação do Direito, como ocorre com o princípio de tutela da dignidade humana.

A pessoa em Direito com sua personalidade jurídica dilatada, ou seja, o *centro de imputação de normas jurídicas* captará a incidência tanto das regras jurídicas quanto dos princípios jurídicos, sejam de monta pública ou privada. Eis a importância do debate sobre a eficácia das normas que encerram princípios. Estas, normalmente, tutelam as situações existenciais das pessoas; enquanto as regras se encarregam, na grande maioria das vezes, das situações patrimoniais. A situação jurídica subjetiva experimentada na faticidade será composta de todo este complexo normativo, existencial e patrimonial, por princípios e por regras, simultânea e

¹¹⁰ Nesse ponto, faz-se referência à teoria de Ronald Dworkin (2002) do Direito como integridade. A doutrina de Dworkin encontra-se bastante difundida em solo nacional. Cruz (2007) aponta o norte-americano como aquele que “inaugurou o paradigma contemporâneo da teoria dos princípios” (CRUZ, 2007, p. 289), procedendo à distinção entre princípio e regra através do modo de operação/aplicação. Em Dworkin (2002), percebe-se que os princípios não fixam [como as regras] absolutamente sua aplicação, eis que exigem uma atitude reflexiva do intérprete de modo a respeitar-lhe sua dimensão de peso. Assim, não existem princípios contraditórios e sim princípios que concorrem entre si. E a solução de tal concorrência não deve seguir a proposta de discricionariedade inerente ao positivismo, mas uma reflexão que traduza os aspectos mais relevantes e profundos da moralidade política. Assim, diante de um aparente conflito entre princípios, um deles deverá ceder, para se manter a integridade no procedimento de aplicação do Direito.

complementarmente, os quais determinarão, caso a caso, as categorias jurídicas que inflarão as mais diversas situações subjetivas.¹¹¹

Sobre esse ângulo de argumentação, a distinção entre regra e princípio, para o presente trabalho, resta inócua¹¹², posto que tanto um tipo quanto o outro serão uma baliza jurídica pré-compreensiva do homem no mundo do direito, em face de seus valores e bens existenciais, quando da formatação de situação subjetiva

¹¹¹ Para Cruz (2007), são normas jurídicas apenas os princípios e as regras. Filiado à doutrina de Dworkin, concebe o Direito como integridade e, tanto quanto Ripert, entende que, no período do Estado liberal, os princípios morais não eram compreendidos como normas jurídicas. “[...] O intérprete navegava em um lago de águas mansas de regras. O Direito era um todo compacto da qual nenhuma relação humana poderia ter escapado do “gênio” do legislador. (CRUZ, 2007, p. 273). Mesmo as constituições que traçaram os direitos fundamentais de primeira geração eram tomadas fundamentalmente por suas características políticas, não jurídicas. Desde Dworkin que se iniciou propriamente uma discussão científica profunda sobre princípios e regras. O próprio Dworkin (2002), e outros autores como Alexy (1993) e Ávila (2005) foram alguns dos que se preocuparam em formalizar e estruturar diferenças entre as duas espécies de norma jurídica, para preparar, cientificamente, a aplicação que o Direito deveria ter, idealmente. Então, convencionaram-se trazer várias diferenciações entre ambos os tipos normativos. Ávila (2005) compila a tese de vários autores, dentre eles Dworkin e Alexy, e resume que os **princípios** são geralmente compreendidos ora como normas com alto grau de generalidade; ora como ainda da maneira de normas que ordenam que algo seja realizado, conforme Alexy (1993), na maior medida possível, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes (Mandatos de otimização); ora como normas que podem ser cumpridas em graus diferentes, que não contém mandatos definitivos. Quanto à aplicação, estipula que vai depender de possibilidades reais e jurídicas que a validade de um não exclui a validade de outro. Lê, ainda, que o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado por princípios ou regras opostas e que são direitos *prima facie*, ou potenciais, não absolutos, somente assumindo contornos definitivos após aplicados a um problema concreto. Em suas palavras, “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” (ÁVILA, 2005, p. 129). Quanto às **regras**, Ávila (2005) define que são normas jurídicas com baixo grau de generalidade; normas que somente podem ser cumpridas ou não, na base do tudo ou nada, sem mais nem menos, desde que válidas. Além disso, são aquelas que encerram determinações fáticas e juridicamente possíveis por conterem mandatos definitivos e precisos. Quanto à validade, a de uma regra exclui a de outra. Nas palavras do autor: “as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decisibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.” (ÁVILA, 2005, p. 129). Ávila ainda se preocupa em pormenorizar a distinção entre princípios e regras e, para tal desiderato, fixa as diferenças segundo o modo como prescrevem o comportamento, quanto à justificação que exigem e quanto ao modo como contribuem para a decisão. Porém a presente discussão teve por fito tão somente mostrar que os direitos essenciais da pessoa humana circulam no tráfego jurídico privado tanto através de regras quanto através de princípios jurídicos, já que desenvolver um trabalho atinente à questão da distinção entre princípios e regras não faz parte da problemática que enlaça a presente pesquisa.

¹¹² Como crítica, Cruz (2007) aduz que a cisão das normas jurídicas entre princípios e regras se presta a convalidar o entendimento alexyano da ponderação de valores, quando da ‘escolha’ de um determinado princípio a ceder em face de outro, pelo que resta mais imperioso abandonar o “modo de operação do direito que continua predominantemente ligado ao século XIX.” (CRUZ, 2007, p. 322). Em tempo, Travessoni Gomes (2007) alerta para que, na era de Ripert, o positivismo jurídico já conhecia a força jurídica dos princípios, desde que positivados. Comenta o autor, que no trabalho de Bobbio, princípios são tidos por ‘normas de alto grau de generalidade’; no de Hart, por ‘regras de textura aberta’; e no de Kelsen, por ‘normas gerais’.

determinada, a ponto de preservar e fazer valer o pluralismo social pretendido pelo Estado democrático de Direito, bem como – nos trilhos de Dworkin – obter a resposta correta para o caso jusprivado.

4.4.1 As cláusulas gerais do direito privado

No campo do direito civil, o legislador positiva cláusulas gerais cujos enunciados normativos são dotados de alta mobilidade interpretativa, dada a vagueza e imprecisão dos termos da hipótese normativa que retratam.

Para Martins-Costa, as regras jurídicas trazem uma “perfeita especificação ou determinação dos elementos que compõe (*sic*) a *fattispecie*” (2000, p. 297), tipificando condutas, levando à aplicação subsunsiva do dispositivo legal, prescrevendo a estática faticidade quando “o legislador cria um repertório de figuras e disciplinas típicas [...] ao qual o juiz pouco ou nada pode aduzir para o disciplinamento do fato concreto” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 298).

Já as cláusulas gerais se situam em vértice oposto e, por essa razão são mais eficazes, dada sua abertura semântica a permitir a resolução pelos tribunais dos problemas jurídicos da atualidade.

Na verdade, por nada regularem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema. (itálico da autora) (MARTINS-COSTA, 2000, p. 299).

Tepedino segue o mesmo trilho e afirma, ao tratar da cláusula geral, que “cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos.” (TEPEDINO, 2002, p. XIX.). Seriam, destarte, normas de formatação, cujo especificismo de conteúdo só se dará quando incorporada à experiência prática, em face, ainda, do restante do ordenamento jurídico, notadamente a Constituição e seus direitos e garantias fundamentais.

Cordeiro, citando Garstka, dispõe sobre as cláusulas gerais como “proposições jurídicas que em relação com o seu contexto normativo, compreendem conceitos muitos gerais ou muito indeterminados, se relacionam com previsões

muito gerais ou seja muito abstractas.” (GARSTKA *apud* CORDEIRO, 2007, p. 1182).¹¹³

Vale dizer que uma visão axiológica do Direito inerente à aplicação de uma cláusula geral poderá trazer efeitos nefastos à produção jurisdicional. Pensar que as cláusulas gerais “oferecem ao intérprete critérios axiológicos” (NALIN, 2004, p. 93) interpretativos acaba por injetar, no processo de desvelamento e interpretação do Direito, realizado pelo Juiz, elementos não jurídicos, como valores pessoais, formas de condutas social, religiosa, econômica e ética, a ponto de subjetivar a aplicação do direito.

Não pode o Estado, traduzido em Juiz ou Tribunal, valer-se de critérios éticos ou metajurídicos na formatação da norma contida na cláusula geral ao caso concreto. Tal conduziria aos nefastos efeitos axiologizantes da ponderação de valores de Alexy (1993). A interpretação e a produção jurisdicional deverão ser balizadas pelo discurso democrático legislativo, ao contrário da imposição unilateral e/ou jurisdicional de valores pessoais ou apócrifos aos catálogos legais do Direito.

Em que pese a posição adotada por Martins-Costa, há que se discordar, veementemente, da afirmação de que as cláusulas gerais sejam, enfim, “completadas através da referência às regras extra jurídicas.” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 329). Veja-se, abaixo, neste sentido que ora se combate, a manifestação da autora:

¹¹³ Há que se salientar, como fizeram Garstka e Cordeiro, que, mesmo diante da indeterminação de seu conteúdo, há fatores que reduzem a **cláusula geral** a algumas precisões. “Em primeiro lugar, elas constituem uma categoria formal, tendo ficado já expressa a inviabilidade de surpreendê-las com recursos a fatores materiais, descobrindo, nelas remissões extra-jurídicas. [...] A segunda precisão tem a ver, contra um largo espectro de opiniões, com a improdutividade de relacionar, de modo directo, cláusulas gerais e conceitos indeterminados.” (CORDEIRO, 2007, p. 1183). Quanto aos **conceitos jurídicos indeterminados**, deles se pode dizer, conforme Cordeiro (2007), que ocorrem sempre quando “não se permita comunicações claras ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento.” Tratará o conceito jurídico indeterminado de norma que não abre sua *fattispecie* a uma infinda orbita de possibilidades. A possibilidade primária está, desde já, como na regra fechada, pré-definida. O que resta em aberto é a pormenorização da faticidade. Para Cordeiro, há “polissemia quando tenha vários sentidos, vaguidade quando permita uma informação de extensão larga e compreensão escassa, ambiguidade quando possa reportar-se a mais de um dos elementos integrados na proposição onde o conceito se insira, porosidade quando ocorra uma evolução semântica com todo um percurso onde o sentido do termo se deva encontrar e esvaziamento quando falte qualquer sentido útil.” (CORDEIRO, 2007, p. 1177). Anote-se, ainda, sobre os conceitos jurídicos indeterminados, conforme Soares, que “são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso. Sempre se relacionam com a hipótese de fato posto em causa. [...] Preenchido o conceito legal indeterminado, a solução já está preestabelecida na própria norma, sem exercer nenhuma função criadora.” (SOARES, 2006, p. 442). Destarte, através das cláusulas gerais o Juiz exercerá função integradora, diante de um conceito jurídico indeterminado, valer-se-á de seu poder subsunivo, preenchendo as lacunas e dizendo se o dispositivo em cheque serve ou não ao caso concreto.

É que as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento [...]. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 274).

Ao se utilizar de critérios extrajurídicos para preencher a vagueza de uma cláusula geral, o Juiz estará agindo, em verdade, como criador de nova norma jurídica, pois estará jurisdicionalizando algo externo ao direito, papel que compete somente ao legislador, no momento da criação do Direito, em face da democracia inerente ao modelo de Constituição estatal. Estará o Judiciário aviando, destarte, preceito jurídico inédito e, portanto, ilegítimo.

Todavia, se o Juiz se utilizar apenas de elementos jurídicos, retirados do próprio ordenamento, estará inflando a cláusula geral com a precisão interpretativa pretendida pelo mesmo sistema civil-constitucional. O maior dos parâmetros, então, para o preenchimento do vazio da cláusula geral, serão os direitos fundamentais e da personalidade, que inspiram o restante do ordenamento, tudo diante da faticidade fornecida pelo titular da situação subjetiva.

Neste sentido, Rosenvald (2005) assevera que a abertura e vagueza da cláusula geral permitem a penetração dos valores agregados no princípio constitucional (da dignidade), conferindo uma tutela ilimitada à pessoa.

Destarte, a cláusula geral será uma norma jurídica de conteúdo vago que ganhará precisão no momento em que for complementada tanto pelas pautas de deliberação do caso concreto, quanto pelo envio e reenvio dos princípios constitucionais, direitos fundamentais e direitos da personalidade, realizando na prática jurídica a espiral hermenêutica de Heidegger e Gadamer. De forma notável, os direitos e deveres de ordem existencial irrompem-se de todo o direito objetivo para o conteúdo fático das relações jurídicas patrimoniais. Agora, a situação subjetiva pode ser entendida como aquela formatada tanto pelo objeto dotado de economicidade transacionado quanto pelos direitos essenciais que a pessoa revela à sua própria situação subjetiva, na faticidade.

Esse mecanismo só pode funcionar corretamente, sem qualquer entrave, na medida em que o indivíduo recebe do Estado a personalidade jurídica dilatada. Para verificar a hipótese erigida, de que a pessoa, no direito privado, é o *centro de imputação de normas* jurídicas, um estudo das cláusulas gerais da autonomia

privada e da boa-fé objetiva se faz pertinente, posto que estes enunciados normativos permitirão, alfim, a humanização do direito das obrigações.

4.4.1.1 Autonomia privada e contrato

Para que o homem possa desenvolver sua personalidade, inserir-se socialmente no meio em que vive, adquirir bens materiais de acordo com suas necessidades e interesses, realizando sua dignidade através de sua autodeterminação consciente, ele acaba por entrar em contato com outras pessoas de direito (ser-com), formalizando relações jurídicas. É inegável, na sociedade massificada, que a economia se estrutura fundamentalmente com base nas de relações contratuais. Consoante Cordeiro (2005), a autonomia privada conhece duas utilizações em Direito:

Em termos amplos, equivale ao espaço de liberdade reconhecido a cada um dentro da ordem jurídica: engloba tudo quanto as pessoas podem fazer, num prisma material ou num prisma jurídico. Em termos restritos, a autonomia privada corresponde ao espaço de liberdade jurígena, isto é, à área reservada na qual as pessoas podem desenvolver as actividades jurídicas que entenderem. [...] podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos. (CORDEIRO, 2005, p. 391).

Varela aprimora esse entendimento e ministra que

“a liberdade contratual é corolário da autonomia privada, concebida como o poder que os particulares têm de fixar, por si próprios (auto...), a disciplina (nomos) juridicamente vinculativa dos seus interesses.” (VARELA, 2000, p. 231-232)¹¹⁴.

No Código Civil Brasileiro, a liberdade de contratar está esculpida em seu art. 421, que reza: “A liberdade de contratar será exercida dentro dos limites da função social do contrato.” (BRASIL, 2002). Lido e aplicado o dispositivo na lógica da solidariedade constitucional, o contrato, substrato decorrente de produção jurígena

¹¹⁴ Varela, citando Larenz, considera contrato a “possibilidade de os indivíduos fixarem por si próprios a disciplina jurídica dos seus interesses contrapostos como uma exigência indeclinável da personalidade moral do homem. Para o contrato exercer, porem, de modo pelo a sua função, é essencial que, além de o seu conteúdo respeitar os princípios fundamentais da constituição [...] não haja entre as partes uma relação de supremacia económica ou de carência anormal que permita a uma delas impor arbitrariamente as suas condições à outra.” (VARELA, 2000, p. 230).

da autonomia privada, será balizado por uma função social.

Entendendo-se o contrato como instrumento realizador de atividade econômica¹¹⁵, podem-se trazer os direitos fundamentais esculpidos no art. 170 da Constituição, para preencher a imprecisão do termo “função social” com a principiologia constitucionalmente adotada de valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, que têm por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.¹¹⁶

Desta feita, quanto à tutela da dignidade da pessoa humana, “o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio [da dignidade da pessoa humana] duplamente contemplado na Constituição.” (GRAU, 2003, p. 177).

Lorenzetti (1988) verifica com precisão os efeitos dos contratos como decorrentes de operações econômicas, individuais ou macroeconômicas, analisadas no conjunto: produção, comercialização e consumo. O contrato, nesse paradigma, é “instituto fundamental” (GRAU, 2003, p. 84) da atividade econômica. É instrumento que se reflete na esfera particular do indivíduo contratante e repercute, simultaneamente, no mercado, bem coletivo assegurado pela Constituição, (também) formado pelo conjunto das relações jurídicas privadas. Grau expõe:

Os contratos, então, se transformam em condutos da ordenação dos mercados, impactados por normas jurídicas que não se contêm nos limites do Direito Civil: preceitos que instrumentam a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, na busca de soluções de desenvolvimento e justiça social, passam a ser sobre eles apostos. (GRAU, 2003, p. 84-85).

O art. 421 do Código Civil Brasileiro – cláusula geral – permite a eficácia entre

¹¹⁵ Enzo Roppo, na obra intitulada “O contrato”, logo no primeiro capítulo, inicia seu discurso abordando exatamente essa temática. O autor italiano aborda o contrato tanto como um conceito jurídico quanto como operação econômica, meio pelo qual circulam riquezas. Aborda a operação econômica em sua materialidade, como substrato real necessário e imprescindível do contrato tomado enquanto um conceito jurídico, dando, pois, regulação à atividade econômica. Nos seus dizeres: “As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na idéia de operação econômica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente – para a ideia de operação económica.” (ROPPO, 1988, p. 8).

¹¹⁶ Da Constituição Federal, seu: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VIII - busca do pleno emprego. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. (BRASIL, 1988).

os particulares do princípio da dignidade da pessoa humana em dois vieses complementares. De um lado, permite a autodeterminação consciente da pessoa, para que ela possa valer, buscar, alcançar sua dignidade, sua glória. De outro, proíbe que a dignidade da pessoa seja tolhida, ao limitar o livre exercício dessa liberdade, condicionando-o à finalidade constitucional da ordem econômica (assegurar a todos existência digna), da qual o contrato é instrumento de efetivação.

Essa dignidade genericamente tomada ganha precisão e contorno específico diante da faticidade que busca na letra dos direitos fundamentais e da personalidade a pré-compreensão do homem para o (e no) Direito. O centro de imputação de normas jurídicas tráfegará pelas cláusulas gerais do direito civil até a Constituição, de acordo com a verdade que revela de si mesmo.

A autonomia privada e seu condicionamento que atende à tutela da dignidade da pessoa humana contratante ecoam no sentido de protegê-la, mesmo quando se coloca em posição passiva da relação obrigacional, posto que também é possuidora de dignidade. “Modernamente, identifica-se a obrigação como um período de cooperação, com a consideração precípua do *alter*”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 383)¹¹⁷

Fachin (2003) coloca que aos contratos em geral se impõe os limites da função social que passa a ser o sentido orientador da liberdade de contratar (de exercer a autonomia privada), questão que trata de “superar o ciclo histórico do individualismo exacerbado, substituindo-o pela coexistenciabilidade.” (FACHIN, 2003, p. 50-55).

A pessoa, em busca de sua promoção pessoal, do valer-se de ser humano, vem a ter a liberdade para tráfegar no mundo jurídico. É livre, dentro dos parâmetros constitucionais, para escolher se vai e com quem se vai se relacionar. É independente, em face do encontro livre de vontades, para estabelecer o conteúdo da negociação. Ela cria um ordenamento jurídico privado que regulamenta uma relação jurídica específica.¹¹⁸

¹¹⁷ A relação jurídica deixou de ser encarada como um vínculo estático resultante da mera soma de crédito e débito, onde o credor tinha a faculdade de submeter, subjugar, obrigar o devedor a solver a obrigação, para ser entendida como a que exprime um conjunto total e complexo de direitos de crédito, poderes formativos, deveres jurídicos de prestação, principais e acessórios, laterais, instrumentais, funcionais, estados de sujeição, que compõe a relação. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 383-394).

¹¹⁸ Não se pode esquecer de que estes corolários da autonomia privada comportam restrições e condicionamentos, como as situações nas quais as pessoas são obrigadas a contratar, ou nas que o objeto do contrato advém de monopólio estatal. De outro lado, os contratos de adesão também

Cordeiro fala, ainda, que a autonomia privada “corresponde à impossibilidade em que se encontra o Direito de prever todos os efeitos concretos” (CORDEIRO, 2005, p. 393) e que se enquadram em duas facetas distintas. Uma refere-se à liberdade de celebração, na qual “a autonomia privada permite praticar ou não praticar o acto e, portanto, optar pela presença ou pela ausência de determinados efeitos de Direito a ele associados” (CORDEIRO, 2005, p. 393). Na outra, a liberdade de estipulação, “a autonomia privada vai mais longe: ela permite optar pela prática do acto e, ainda, seleccionar, para além da sua presença, o tipo de efeitos que irão produzir.” (CORDEIRO, 2005, p. 392).¹¹⁹

Estruturalmente, pode-se concluir, nos moldes de Perlingieri (2002), que a autonomia privada será fonte jurídica de formação do vínculo contratual, conjuntamente às previsões normativas, como as cláusulas gerais e princípios ou normas constitucionais.

4.4.1.2 A boa-fé objetiva e a situação subjetiva

Sobre a origem da boa-fé, Martins-Costa (2000) retoma a Grotius que, no início do séc. XV, discursou sobre a sua proveniência canônica, anotando que ela se estruturava em dois pontos basilares.

Um, acerca da “força vinculativa das promessas [...] [que fazia] ensejar uma discussão geral sobre a declaração de vontade e da perfeição negocial, ligando a eficácia da primeira às pessoas moralmente autoresponsáveis”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 156). Neste aspecto, “a *fides* se relaciona à liberdade e à responsabilidade, esta derivada do fato de o declarante, por sinais exteriores, ter suscitado a confiança do *alter*.” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 157). O outro trazia as bases da justiça contratual, “que ligava a *fides* à *aequalitas*, ou equivalência de prestação e contraprestação”. A referida autora sustenta que o princípio trazia “ética contratual material” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 157).

servem de limitação à autonomia privada, uma vez que as cláusulas contratuais são estipuladas unilateralmente. A força jurídica da autonomia privada limita-se pela Lei.

¹¹⁹ Conclui, ainda, que: “quando haja apenas liberdade de celebração, fala-se em actos jurídicos em sentido estrito; havendo liberdade de celebração e de estipulação, surge o negócio jurídico.” (CORDEIRO, 2005, p. 392).

Todavia, mesmo tendo sido previamente idealizado e com tamanha perfeição, o princípio da equivalência material fora afastado das codificações de origem napoleônica. Aquelas concepções humanistas não encontraram suportes político-ideológicos favoráveis para serem introduzidas nos ordenamentos jurídicos de ordem liberal. Outras eram as preocupações do Direito.

A teoria da justiça contratual material (de Grotius) cai ao ponto de perceber a existência do que hoje chamaríamos de “deveres laterais”, “anexos” ou “instrumentais”, decorrentes do vínculo contratual, em especial os deveres de mútua informação e esclarecimento. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 158).

Ultrapassadas as barreiras do tempo, o entendimento que se tem sobre a boa-fé objetiva preencheu os contornos desenhados por Grotius para hoje traduzir-se, em termos éticos e jurídicos, como “regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade, e, principalmente, na consideração para com os interesses dos “alter”, visto como um membro do conjunto jurídico que é juridicamente tutelado.” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 412).

Como a legislação moral interna e própria a cada pessoa não conseguiu conciliar todos os relacionamentos e efeitos produzidos entre as pessoas, uma força coercitiva externa se fez necessária para atear a eficácia à supracitada regra moral de conduta. Estes *standards*, padrões de conduta, foram, então, trazidos para o mundo jurídico quando normatizados através da cláusula geral de boa-fé objetiva¹²⁰, como modo operante apto para atrair os valores positivados no texto constitucional (teoria da *mittelbare drittwirkung*) ao direito privado. O dever, até então moral, saiu do plano interno, individual, valorativo e transformou-se em jurídico, coletivo, atrelado aos fundamentos e princípios constitucionais, detendo, agora, caráter coercitivo.

Nesta qualidade, esses fundamentos e princípios insurgem-se imprimindo conteúdo certo ao direito das obrigações, em suas reconhecidas funções de integração hermenêutica¹²¹, de criação de deveres anexos¹²² ou na função de limite

¹²⁰ Para Negreiros, “a boa fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não num estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante; obriga a um certo comportamento, ao invés de outro; obriga à colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção, tampouco se limitando à função de justificar o gozo de benefícios que, em princípio, não se destinariam àquela pessoa.” (NEGREIROS, 2006, p. 122). Frisa ainda a autora que “a boa fé subjetiva é contraposta à má-fé.” (p. 122).

¹²¹ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. (BRASIL, 2002).

de exercício dos direitos subjetivos¹²³. Assim, buscam, quando necessário, na Constituição Federal, os direitos fundamentais que tutelem a pessoa humana, na concretização deste fim, ou ainda, no próprio Código Civil Brasileiro, os direitos da personalidade.

A fundamentação constitucional do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana – em que esta se presume parte integrante de uma comunidade, e não um ser isolado, cuja vontade em si mesma fosse absolutamente soberana, embora sujeita a limites externos. Mas especificamente, é possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica. (NEGREIROS, 2006, p. 117).

Como não poderia deixar de ser, inova-se sobre o secular e tradicional conceito de obrigação, tido por “vínculo jurídico que adstringe uma das partes (o credor) a exigir um certo fato da outra (devedor)”. (GILISSEN, 2001, p. 729).

Atualmente, outros parâmetros impregnam a relação jurídica obrigacional. Rosenvald mostra que “a obrigação deve ser vista como uma relação complexa, formada por um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas, compreendendo uma serie de deveres de prestação”. (ROSENVALD, 2005, p. 77).

Na busca pelo bem comum e pela existência digna, a relação obrigacional tanto deverá evidenciar solidariedade através da cooperação das pessoas, para a satisfação dos interesses patrimoniais em jogo, quanto trazer a eficácia dos direitos essenciais de cada parte contratante.¹²⁴

Para Negreiros,

[...] o princípio da boa-fé representa, no modelo atual de contrato, o valor da

¹²² Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2006) apontam que são oriundos da cláusula geral de boa-fé objetiva, os quais afetam ambas partes contraentes, desde a fase das negociações preliminares, estendendo-se ao período pós-contratual, como a lealdade e confiança recíprocas; a assistência e cooperação; a informação; o sigilo; a solidariedade, rol este não taxativo. Esses vetores consagrados pela doutrina têm que ser, todavia, unicamente jurídicos, como os solidificados nos direitos fundamentais e da personalidade, todos visando à proteção da pessoa por sua humanidade, sua dignidade.

¹²³ Neste diapasão, a boa fé objetiva visa evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos, fazendo extirpar dos conteúdos negociais cláusulas leoninas ou abusivas, seja na relação de consumo, seja na relação de direito civil. Veja-se a letra do art. 187 do Código Civil Brasileiro: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, 2002).

¹²⁴ Nesse sentido, consoante Cordeiro, “a boa-fé objetiva não comporta um interpretação-aplicação clássica. [...] Na sua aplicação, o processo subsuntivo torna-se impossível.” (CORDEIRO, 2007, p. 42).

ética: lealdade, correção e veracidade compõem o seu substrato, o que explica a sua irradiação difusa, o seu sentido e alcance alargados, conformando todo o fenômeno contratual e, assim, repercutindo sobre os demais princípios, na medida em que a todos eles assoma o repúdio ao abuso a liberdade contratual a que tem dado lugar a ênfase excessiva do individualismo e no voluntarismo jurídicos. (NEGREIROS, 2006, p. 116).

Não existe mais a proeminência da figura do credor. De coadjuvante, no Código de 1.916, passa o devedor a ocupar, juntamente com o primeiro, idêntica posição de astro, no Código de 2.002, sob a inexorável égide do direito privado constitucionalizado. Leva-se à conclusão de que esta relação obrigacional ganhou ares de complexidade, na medida em que todas pessoas que a integram têm deveres recíprocos uns para com os outros. Não se tutela apenas o objeto material da relação obrigacional, que define credor e devedor.

O princípio-norma trazido no art. 422 do Código Civil Brasileiro manda as partes guardarem tanto em negociações preliminares, quanto na execução do objeto contratual, deveres conexos ao avençado – deveres anexos ou laterais – cuja inobservância pode levar mesmo à inadimplência contratual, sendo que idêntico entendimento se aposta na fase pós-contratual. Conclui-se, portanto, que a boa-fé objetiva “provoca substanciais modificações no direito obrigacional, flexibilizando-o [...]” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 517).

Quanto à não-taxatividade dos efeitos atribuídos à função geradora de deveres anexos, pode-se trazer ao texto, como epílogo, a contribuição da doutrina italiana de Criscuolo. O autor busca nos contratos (tidos como relação jurídica complexa) de longa duração ou relacionais¹²⁵ liame para aplicação da boa-fé objetiva. Neste tipo contratual, o senso de cooperação e de solidariedade entre os contraentes se intensifica a fim de estabelecer entre eles um dever jurídico (oriundo da cláusula geral da boa-fé objetiva) de revisão ou de restabelecimento de cláusulas contratuais perenes que se tornaram obsoletas com o passar do tempo; ou começaram, a partir de certo evento não desejado pela vontade de ambos, a trazer vantagens desproporcionais a apenas uma delas. Assim, a equivalência material e a manutenção da expectativa criada nos contratantes, quando do momento da contratação, serão mantidas ou restabelecidas pelas próprias vontades das partes, por decorrente da manifestação da boa-fé objetiva e de todos os princípios

¹²⁵ Os contratos relacionais são aqueles que tendem a estabelecer uma ‘parceria de vida’. São celebrados no intuito de subsistirem, como o são os contratos com operadoras de telefonia, de seguro, de plano de saúde e o contrato de trabalho, dentre outros.

constitucionais que por ela circulam, num contrato que se constrói e reconstrói no tempo. Desta forma, afasta-se, por conseguinte, a ingerência do Estado-Juiz na relação privada.¹²⁶

Então, a situação subjetiva que trate de assuntos de ordem patrimonial do *centro de imputação de normas jurídicas* assenta-se, no paradigma do Estado democrático de Direito, em dois planos distintos.

No plano da existenciabilidade, a situação subjetiva será formatada de acordo com o que o ser humano revela de si para o mundo – faticidade – tendo como parâmetros pré-compreensivos os catálogos de direitos fundamentais e de direitos da personalidade.

No plano da patrimonialidade, o homem transacionará os bens dotados de economicidade pelo corolário da autonomia privada, balizada pela boa-fé e função social. Tanto em um quanto em outro resta fundamental o entendimento de que as cláusulas gerais abordadas pavimentam o acesso do homem entre o Código Civil Brasileiro e a Constituição Federal, na busca da autorealização e da realização dos fins do próprio Estado, em vista da pluralidade social e tutela da pessoa humana, por sua dignidade.

¹²⁶ Adotando esse critério interpretativo e gerador de dever anexo, tem-se, na menção de Criscuolo, “*la proporzionalità che concreta le clausole di equità e buona fede, giustificano soluzioni in termini di riequilibrio e di bilanciamento di interesse.*” (CRISCUOLO, 2004, p 198-199)

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa tratou de um problema nuclear e clássico do direito civil, qual seja a adequação entre dogma e paradigma. De um lado, presentemente, o Código Civil Brasileiro trata da pessoa como esta era tratada no ambiente determinado pelo Estado liberal. De outro, o Estado democrático de Direito requer uma pessoa mais dinâmica e complexa do que a de matriz liberal, para que ela possa, com efetividade, operar simultaneamente em todo o ordenamento jurídico, a partir da Constituição Federal, em direção específica ao Direito Civil, ou ainda, do Código Civil Brasileiro à Constituição; tudo para realizá-la.

A proposição da pessoa como *centro de imputação de normas jurídicas* busca sua fundamentação no comportamento pessoal e social de cada indivíduo, quando ele é-no-mundo (é-no-mundo-com-os-outros), como o elemento fatural que se posiciona apto a preencher as mais diversas *fattispecies* dos enunciados normativos essenciais. Estes têm por carga direitos potestativos, ônus e diversas outras categorias normativas, e formatam, assim, uma situação subjetiva com reflexos patrimoniais ou não. Geralmente esses enunciados normativos se enquadram na espécie normativa princípio ou cláusula geral.

De nada adiantaria a proposição de um novo enunciado geral para o instituto sob análise se não viesse acompanhado de sério embasamento. A pesquisa buscou na obra de Martin Heidegger a fundamentação da validade do enunciado de Cordeiro, para provar que ele pode ser utilizado para a finalidade que se propõe, que é a de situar propriamente a pessoa humana no paradigma do Estado democrático de Direito.

A pesquisa colheu os seguintes resultados pontuais:

A noção de personalidade jurídica como capacidade, sobretudo patrimonial, avançou do período clássico ao atual. De um regime escravocrata de exclusão/inclusão, aos vértices do iluminismo, com a interpretação reducionista do direito civil oitocentista, tal noção manteve-se sempre na órbita das relações jurídicas privadas. Foram identificados quatro momentos históricos para a personalidade jurídica. Na antiguidade clássica, o ente humano era pessoa (livre) ou não-pessoa (não livre). No período romano, já se concebia uma panpersonalidade, posto que todos os nascidos com forma humana seriam pessoas em direito. o

critério da capacidade se estabeleceu tendo por base a situação de liberdade/servidão. No período moderno, o positivismo apropriou-se da noção romana de personalidade jurídica e criou juridicamente a pessoa em direito aparelhando-a para transitar por situações jurídicas eminentemente patrimoniais, pois ainda não havia no cenário jurídico a doutrina dos direitos essenciais. Já no Estado democrático de Direito, mostrou-se que a personalidade necessita ser dilatada para receber da Constituição e de diversos outros textos legais, dentre eles o próprio Código Civil Brasileiro, os influxos normativos dos direitos essenciais da pessoa humana.

Desumanização do Direito: a pessoa, como em Kelsen, reflete-se como mero suporte jurídico para a validade e garantia das relações jurídicas patrimoniais, mesmo quando as vozes do iluminismo a proclamaram às alturas celestiais, como se viu no discurso de Mirandola.

O método reducionista racional de Descartes levou Kant a sintetizar em fórmulas uma metafísica dos costumes fundada no direito e na moral. Kant estabelece, através do imperativo categórico, a fórmula da dignidade. A ética seria dada no cumprimento dos deveres morais e jurídicos. Contudo, o direito operaria através do positivismo jurídico, com a perenização de princípios e estabelecimento de regras dotadas de força coercitiva externa, quanto ao cumprimento de seu comando. Já no campo da moral kantiana, os preceitos existenciais da pessoa afloravam e suadavam-na em virtudes consagradas que foram captadas por outros subsistemas parciais, como o religioso. O aspecto moral da pessoa fora assim excluído da apreciação jurídica, posto que não positivado. Ministrava-se alheio ao Direito.

O Direito, por influência do método reducionista racionalista cartesiano se reduziu, como toda forma de pensar e resolução de problemas, ao estado da técnica e dos conceitos, como se verificou em Jhering e preferiu o método da subsunção para aplicação dos enunciados normativos ao caso concreto.

A partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil começou a era de Estado democrático de Direito. A perda da unidade central do Código Civil como o único documento propositivo ordenador da vida privada reclama essa interconexão inter-sistêmica entre os ramos do direito em prol da asseguaração e efetivação dos fundamentos da República. Preceitos, até então afetos à ordem moral, constitucionalizaram-se em direitos fundamentais. Nasceram os direitos da

personalidade.

Para ascender ao ideário liberal da pessoa e adequá-la ao ambiente constitucionalizado marcado pelo Estado democrático de Direito, propõe-se, nesta pesquisa, a utilização da definição de pessoa em Direito de António Menezes Cordeiro: *pessoa é o centro de imputação de normas jurídicas*. Uma nova conceituação se fez necessário para declarar o rompimento com a fase anterior, evitando assim qualquer retrocesso.

Somente uma nova envergadura no enunciado não resultaria plenamente útil sem a devida fundamentação, para que fiquem provadas sua infalibilidade e generalidade, em congruência com o fim almejado, o de traduzir a pessoa do direito civil, *in casu*, especialmente a pessoa humana, como aquela que é titular constante de diversas situações subjetivas, estando ela em qualquer estágio evolutivo de sua existência, pois o acontecer do homem no mundo do direito se dá no tempo.

O *Dasein* de Heidegger colhe informações sobre o ser (seu próprio ser e dos outros seres), integra a informação à pré-compreensão que tem sobre o mundo (enunciado jurídico existencial) ou sobre a coisa, ou ainda sobre a matéria em análise, para daí concluir e postular a verdade sobre aquela coisa/pessoa. Em outras palavras, algo teve que estar dado no mundo e estar disponível para que se realizasse tal pré-compreensão, para alfim, ser interpretada. Assim, as coisas desenvolvem um sentido que o guiará à verdade sobre aquilo que analisou, a ponto de formar uma proposição factível sobre a coisa/pessoa.

Os enunciados normativos que traduzem direitos fundamentais e direitos da personalidade, sejam eles regras abertas, fechadas ou princípios, entregam ao homem sua pré-compreensão existencial, vetor jurídico que necessita de seu complemento empírico.

As proposições jurídicas, os catálogos definidores de direitos da personalidade e de direitos fundamentais não mostram a verdade da pessoa humana. São condições e critérios de pré-compreensão da expressão existencial de cada pessoa que levarão, em cada experiência, à verdadeira proposição daquele indivíduo, de acordo com que ele se mostrou de si mesmo (hermenêutica da faticidade). Não há uma concordância prévia entre o juízo e o objeto da análise – homem, uma vez que esse juízo deve ser comprovado na experiência de sua própria vida. O Direito tutela a pessoa humana em seu aporte existencial em face de seu desocultamento, em face do que ele revela para o mundo.

O direito civil se constitucionalizou e direitos fundamentais trafegam livremente por todo o direito objetivo. A proposta da personalidade jurídica dilatada entrega à pessoa aparelhamento hábil para que ela trafegue pelas extensas vias abertas desde o Código Civil à Constituição (cláusulas gerais), resolvendo a denunciada incompatibilidade estrutural interna do sistema do Direito. A Constituição Federal é fonte objetiva do Direito Civil.

Aplicado o entendimento da pessoa como *centro de imputação de normas jurídicas* aos contratos – direito das obrigações – pode-se compreender como o mecanismo interno do Direito, através da análise das cláusulas gerais da autonomia privada e da boa-fé objetiva, se revigorou a ponto de solucionar a crise instaurada pela quebra paradigmática apontada. A situação subjetiva patrimonial é formatada, também, pelos enunciados normativos de direitos essenciais que entregam ao caso concreto várias categorias normativas, tudo de acordo com o elemento factual que o *centro* titularize naquele momento. A relação jurídica se constrói na faticidade de seus interlocutores.

Houve uma perfeita conexão entre todas as estruturas internas do sistema do Direito, a partir da visão dilatada da personalidade jurídica. Enunciados normativos essenciais à pessoa de direito privado se conectam a iguais enunciados de direito público, promovendo a pessoa ao epicentro das atenções estatais e jurídicas.

Por tudo exposto, o presente trabalho contribui para a reconstrução dos paradigmas de interpretação do direito privado, fazendo-o em seu cerne fundamental, qual seja, sobre a pessoa humana.

6 REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 3. ed. total. rev. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 1014p.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 607p.

ALPA, Guido. **A análise econômica do direito na perspectiva do jurista**. (Trad. de João Bosco Leopoldino da Fonseca). Belo Horizonte: Movimento editorial Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 672p.

ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica, v. 1**. Coimbra: Almedina, 1977, 302 p.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. 405p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 138p.

BARBOSA, Arnaldo Afonso. **A pessoa em direito: uma abordagem crítico-constitutiva referenciada no evolucionismo de Pierre Teilhard**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2006. 669p.

BEVILAQUA, Clóvis. **Theoría geral do direito civil**. Campinas: Red Livros, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 de

julho de 1990.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 de outubro de 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1506p.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Responsabilidade civil constitucional**. Disponível na internet: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista2/artigo4.htm>>. Acesso em 26/03/2008.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. 198 p.

CHARDIN, Pierre Teilhard de. **O fenômeno humano**. São Paulo: Editora Herder, 1970. 355p.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português, v.I, parte geral, tomo I**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005. 1012 p.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007. 1406p.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2006. 1070 p.

CORTÊS, António. **O princípio da dignidade humana em Kant**. Boletim da faculdade de Direito. Coimbra, v. 81. Jan/2005, p. 601-631.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro, no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRISCUOLO, Fabrizio. Adeguamento del contratto d poteri del giudice. In MARZIO, Fabrizio di. (coord.) **Il nuovo diritto dei contratti**. Milano: Giuffrè Editore, 2004. Cap. 8, p. 191-204.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2007. 415 p.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004. 363 p.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Trad. Enrico Corvisieri. (Coleção Os pensadores) São Paulo: Nova Cultural. 1999, p. 33-100.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p.

ESTRADA, Alexey Julio. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 365 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho, vol. I: antigüedad y edad media**. Madrid: Ediciones Pirâmide, 1982. 254p.

FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho, vol. II: la edad moderna**. Madrid: Ediciones Pirâmide, 1982. 318p.

FELDHAUS, Charles. **Distinção entre direito e moral na Metafísica dos costumes**. Phrónesis. Campinas, v. 5, n. 1. jan/jun 2005, p. 125-141.

FIÚZA, César. **Direito civil: curso completo**. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 1083p.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FREITAS, Newton. **Law and economics (análise econômica do direito)**. Disponível em <<http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=262>>. Acesso em 30/01/2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. I: parte geral**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. IV, tomo I: contratos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 224p.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 304p.

GOMES, Alexandre Travessoni; MERLE, Jean-Christophe. **A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. 246p.

GOMES, Orlando. **A agonia do código civil**. Revista de direito comparado luso-brasileiro, nº 7. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1988.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 340 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Vol. I: parte geral.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas.** Prim@ facie: Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Vol. 3, Nº. 5, 2004, pags. 73-100.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. 55p.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à metafísica.** (Trad. Emmanuel Carneiro Leão). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966. 294p.

HEIDEGGER, Martin. **Sobre o problema do ser. O caminho do campo.** São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1969a. 72p.

HEIDEGGER, Martin. **Que é metafísica?** São Paulo: Livraria Duas Cidades. 1969b. 82p.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo.** São Paulo: Editora Moraes Ltda. 1991. 50p.

HEIDEGGER, Martin. **Tempo e ser.** (Coleção Os pensadores). São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 271-301.

HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência da verdade.** (Coleção Os pensadores). São Paulo: Nova Cultural, 1999, p.149-170.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** (Trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuback). 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008a. 598 p.

HEIDEGGER, Martin. **Ser y tiempo** (Trad. de Jorge Eduardo Rivera). Edición electrónica de Escuela de Filosofía Universidad ARCIS. Disponível em <www.philosophia.cl>. Acesso em 10.09.2008. (2008b). 448p.

HEIDEGGER, Martin. **Tiempo y ser** (Trad. de Jorge Eduardo Rivera). Edición electrónica de Escuela de Filosofía Universidad ARCIS. Disponível em <www.philosophia.cl>. Acesso em 10.09.2008. (2008c). 20p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. 34p.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995.

JHERING, Rudoulf von. **A finalidade do direito**. Campinas: Bookseller, 2002.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes** (Trad. Paulo Quintela). Lisboa: Edições 70, 1991.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes** (Trad. Edson Bini). Bauru: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito** (Trad. Baptista Machado). 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Essays on self-reference**. New York: Columbia University, 1990. 245p

MADEIRA, Hécio Maciel França. **Digesto de Justiniano**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional, tomo I**. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARÍAS, Julian. **História da filosofia**. 2ª ed. Porto: Edições Sousa e Almeida, 1959.

MARTINS, Flávio Alves. **Kant, a lei moral e a fundamentação da metafísica dos costumes**. Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes. Rio de Janeiro, ano 8, n. 8, p. 35-48.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar. Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 322p.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**. Indenização por dano moral e inadimplemento contratual. Ap. Cível nº 1.0145.05.282045-6/001(1). Rel. Des. D. Viçoso Rodrigues. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0145&ano=5&txt_processo=282045&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>> Acesso em 10.10.2008.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**. Rompimento de namoro, promessas de casamento e dano moral. Ap. Cível nº 2.0000.00.410802-5/000(1). Rel. Des. D. Viçoso Rodrigues. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=2&txt_processo=410802&dv=5&complemento=000&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=22%2F01%2F2009&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&pesquisar=Pesquisar>>. Acesso em 10.10.2008.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito econômico dos contratos**. Niterói: Impetus, 2006, 218 p.

MIRANDOLA, Giovanni Pico della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Lisboa: Edições 70, 1989. 103p.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES TEPEDINO, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. Revista de Direito, Estado e sociedade, n. 1, dez, 1991.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, n.41, p.85-98, jul. 2004.

NASCIMENTO, Rosilene Silva. **Pessoa natural: abordagem histórico-filosófica**. In FIÚZA, César. (coord.). Curso avançado de direito civil. São Paulo: IOB-Thomson, 2004. Cap. 2, p. 33-42.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 544 p.

NOUR, Soraya. **A filosofia social de Kant**. Philosophica. São Cristóvão, n. 4, p. 39-56, março 2003.

PAIVA, Márcio Antônio de. **A liberdade como horizonte da verdade segundo Martin Heidegger**. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1998. 254p.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. (Trad. Maria Cristina de Cicco). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POLETTI, Ronaldo. **Elementos de direito romano público e privado**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. 237p.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias**. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em 12 de dezembro de 2008.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. 981p.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2ª Ed. Campinas: Bookseller. 2002, 394 p.

ROBLES, Gregório. **Os Direitos Fundamentais e a ética na sociedade atual.** (Trad. Roberto Barbosa Alves). São Paulo: Manole, 2005.

RODRIGUES, Rafael Garcia. **A pessoa e o ser humano no novo código civil.** In: Gustavo Tepedino. (Org.). A Parte Geral do Novo Código Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 01-35.

ROEMER, A. **Introducción al análisis económico del derecho.** México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998.

ROPPO, Enzo. **O contrato** (Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes). Coimbra: Almedina, 1988

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre da Alemanha.** São Paulo: Geração Editorial, 2005. 518p.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, justiça, virtude moral & razão: reflexões.** Curitiba: Juruá, 2007.

SOARES, Marcio. **Boa vontade e dever em Kant: o problema da intencionalidade na Fundamentação da metafísica dos costumes.** Revista de filosofia e ciências humanas. Passo Fundo, ano 17, n. 1/2001 p. 1-135.

SOARES, Renzo Gama. **Breves considerações sobre a função social dos contratos.** In Rosa Maria de Andrade Nery (coord). Função do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 527p.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Tutelas de urgência na reparação do dano moral.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Washington Albino Peluso de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6.ed. São Paulo: LTR, 2005.

STEIN, Ernildo. **Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade: Notas sobre a obra Jurisdição Constitucional e Hermenêutica** – Uma nova crítica do Direito, de Lenio Streck. Porto Alegre, 2003.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

SZANIAWSKY, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2005.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self: A construção da identidade moderna**. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro. Renovar. 2002. 458p.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral, v. I**. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. 962 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.